

**CULPANORMEN I STYREMEDLEMMERS
ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR SELSKAPET VED
BRUDD PÅ DERES PLIKTER ETTER AKSJELOVEN /
ALLMENNAKSJELOVENS §§ 3-4 OG 3-5**

Kandidatnummer: 296

Veileder: Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 25.11.05

Til sammen 15961 ord

23.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Nærmere om problemstillingen og opplegget videre.....	1
1.2	Problemstillingens aktualitet	2
1.3	Rettskildebruken	3
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV DE SELSKAPSRETTLIGE NORMENE</u>	<u>5</u>
2.1	§ 3-4.....	5
2.1.1	Forsvarlig egenkapital	5
2.2	§ 3-5.....	9
2.2.1	Handlepliktens inntreden	9
2.2.2	Handlepliktens innhold	9
<u>3</u>	<u>PARTENE</u>	<u>14</u>
3.1	Selskapet som rettighetssubjekt	14
3.2	Selskapets konkursbo som rettighetssubjekt	14
3.3	Styremedlemmene som pliktsubjekter	15
<u>4</u>	<u>AKTSOMHETSVURDERINGEN.....</u>	<u>17</u>
4.1	Innledning	17
4.2	Culpavurderingens objektive del	18
4.2.1	Innledning	18
4.2.2	Aktsomhetsvurderingen etter § 3-4.....	20
4.2.3	Aktsomhetsvurderingen etter § 3-5.....	30

4.2.4	Særlig om uforsvarlig lav egenkapital ved stiftelsen	37
4.3	Culpavurderingens subjektive del	38
4.3.1	Innledning	38
4.3.2	Faktisk villfarelse	39
4.3.3	Rettslig villfarelse	40
4.3.4	Skadevolders individuelle forhold	42
<u>5</u>	<u>ENDRET CULPANORM ETTER INNFORINGEN AV §§ 3-4 OG 3-5?</u>	<u>45</u>
5.1	Forarbeidsuttalelser	45
5.2	Har innføringen av §§ 3-4, 3-5 og den underliggende tilsynsplikten medført en skjerpelse av aktsomhetsvurderingens objektive side?	46
5.2.1	Innledning	46
5.2.2	Utvidelse av styrets oppgaver	47
5.2.3	Endret bevisbyrde	49
5.2.4	Generelt strengere bedømmelse av styremedlemmenes forhold	50
5.3	Har innføringen av §§ 3-4, 3-5 og den underliggende tilsynsplikten medført en skjerpelse av aktsomhetsvurderingens subjektive side?	51
<u>6</u>	<u>VURDERING OG OPPSUMMERING</u>	<u>52</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>
7.1	Forarbeider	55
7.2	Rettspraksis	55
7.3	Juridisk litteratur	56

1 Innledning

Oppgavens tema er hvordan culpanormen skal anvendes ved vurderingen av styremedlemmers erstatningsansvar overfor et aksjeselskap hvor dette selskapet er påført tap som følge av at styremedlemmene har brutt de plikter som de pålegges i lov 13. juni 1997 nr 44: Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) / lov 13. juni 1997 nr 45: Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) §§3-4 og 3-5.

1.1 Nærmere om problemstillingen og opplegget videre

Asl / asal §§3-4 og 3-5 oppstiller krav til selskapets egenkapital, og som selskapets forvaltere oppstilles det for styremedlemmenes handleplikter for å sørge for at kravene er oppfylt. Bestemmelsene inneholder både absolutte og skjønnsmessige kriterier for når handlepliktene inntreffer. § 3-4 oppstiller et generelt og skjønnsmessig krav på størrelsen av et aksjeselskaps egenkapital. Dersom egenkapitalen i selskapet ikke oppfyller kravet i § 3-4, pålegger § 3-5 styremedlemmene i selskapet en handleplikt for å rette på forholdet. Av § 3-5 fremgår også at egenkapital som er mindre enn halvparten av selskapets aksjekapital alltid skal anses utilstrekkelig og oppstiller en handleplikt som i utgangspunktet gir lite rom for skjønn. Overtredelse av disse bestemmelsene vil så kunne lede til et erstatningsansvar etter § 17-1, som kodifiserer den ulovfestede culparegelen.

Den ulovfestede culparegelen oppstiller tre vilkår som må være oppfylt for at et erstatningsansvar skal inntre. For det første må skaden være forårsaket av en culpøs handling eller en unnlattelse hos et eller flere styremedlemmer. For det annet må det foreligge adekvat årsakssammenheng mellom handlingen eller unnlatelsen og den skaden som er oppstått. For det tredje må denne skaden ha påført selskapet et erstatningsmessig tap. Aktsomhetsnormen vil være det mest interessante vilkår å drøfte, og av plasshensyn er det derfor culpanormen som er denne oppgavens problemstilling.

Etter en kort innledning hvor jeg redegjør for problemstillingens aktualitet og for rettskildebruken, vil jeg i det følgende først presentere de selskapsrettslige normene som oppstilles i §§ 3-4 og 3-5. Dette er nødvendig for å skaffe seg en helhetlig forståelse av selve aktsomhetsvurderingen. Deretter gis en presentasjon av problemstillingens parter. Aktsomhetsvurderingen i erstatningsansvaret vil så bli drøftet i forhold til §§ 3-4 og 3-5. Sentrale problemstillinger i den forbindelse vil blant annet være hvilket spillerom det er for styremedlemmer til å gjøre feilvurderinger og hvor grundig beslutningsgrunnlag de må ha for de beslutninger som de fatter. Til slutt vil jeg vurdere hvorvidt innføringen av §§ 3-4 og 3-5 har medført at erstatningsansvaret har blitt skjerpet i forhold til hva som var rettstilstanden tidligere. Det vil i den forbindelse også i et punkt vurderes hvor strengt et erstatningsansvar for styremedlemmene bør være.

Jeg bemerker for øvrig at de stedene i teksten hvor jeg benytter begrepet ”aksjeselskaper” så omfatter dette også allmennaksjeselskaper dersom ikke noe annet er angitt. Når jeg i teksten omtaler §§ 3-4, 3-5 og 17-1, er det bestemmelsene i aksjeloven / allmennaksjeloven jeg viser til.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Styremedlemmer har i norsk rett ikke vært spesielt utsatt for søksmål med krav på erstatning for tap som de har påført selskapet ved forvaltningen av selskapet. Hvilket erstatningsansvar de kunne ha har derfor ofte kun vært av teoretisk interesse.

Revisorforeningen i Norge hevder styrene slipper for lett unna når ansvaret etter konkurser skal plasseres.¹ I stedet for å gå på styremedlemmene har konkursboene gått etter revisor og søkt sitt krav dekket der. Foreningen mener dette skyldes et fenomen kalt ”deep pockets syndrome” der skadelidte først har søkt å få dekning der hvor man vet det er noe å hente. De store revisjonsfirmaene er solid forsikret mot denne type krav. KPMG Norge er et eksempel på dette; de er forsikret gjennom en poolordning i kraft av å være medlem i det internasjonale KPMG-systemet. Selskapet ble i juli 2005 dømt til å betale konkursboet etter Finance Credit MNOK 657. Etter et forlik inngått i september 2005 har KPMG gått med på

¹ Dagens Næringsliv 19.07.2005.

å betale MNOK 347,3 som endelig oppgjør. Bankene har også anlagt søksmål mot et forsikringssyndikat i Lloyds for å få erstattet resten av tapene.²

Denne praksis med å gå på revisor med sine krav kan nå komme til å endre seg etter at Europaparlamentet fikk på bordet et forslag om å begrense revisors ansvar. Europaparlamentet vedtok 28. oktober 2005 det åttende selskapsdirektiv og tok samtidig inn en artikkel i direktivet om revisors erstatningsansvar. Direktivet pålegger nå Kommisjonen innen utgangen av 2006 å legge frem en rapport som blant annet skal inkludere en analyse av eventuelle begrensninger i revisors erstatningsansvar. Dersom slike begrensninger blir vedtatt kan endringen føre til at styremedlemmene oftere vil møtes med erstatningssøksmål fra selskapet, eventuelt dets konkursbo, for tap som de har påført det. En slik utvikling gjør det samtidig interessant å finne det nærmere innholdet i den erstatningsregel som gjelder for styremedlemmer som ikke har overholdt de plikter som §§3-4 og 3-5 pålegger dem.

1.3 Rettskildebruken

Jeg vil i oppgaven benytte den alminnelige rettskildelære slik den er kommet til uttrykk gjennom rettspraksis og teori.

Det bør imidlertid bemerkes at det til våre nåværende aksjelover foreligger dobbelt sett med forarbeider. Aarbakke-utvalgets innstilling i NOU 92: 29 Lov om aksjeselskaper og den påfølgende Ot. prp nr 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) ble sendt tilbake til fornyet behandling fordi man ønsket én lov for aksjeselskaper og én for allmennaksjeselskaper. Dette førte til at det ble nedsatt et nytt utvalg under ledelse av Erling Selvig hvis arbeide resulterte i NOU 96: 3 Ny aksjelovgivning og senere Ot. prp nr 23 (1996-97) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven). Siden man nå fikk to lover istedenfor én, er ikke Aarbakke-utvalgets arbeider lovforarbeider i egentlig forstand. Deres innhold belyser imidlertid en rekke sider ved de to senere lovene, og de er i overveiende grad tillagt betydning som forarbeider i

² Dagens Næringsliv 26.09.2005.

teori om våre nåværende aksjelover. Ved eventuell motstrid mellom de to settene vil naturligvis det nyeste gå foran.³

Ved EØS-avtalen forpliktet Norge seg til å bringe selskapslovgivningen i samsvar med de krav som EU stiller til medlemslandene, se avtalens art. 77. Dette innebærer at også rettspraksis og juridisk teori fra land som Sverige og Danmark vil kunne være av interesse for de spørsmål som oppgaven reiser, og slike rettskilder er derfor trukket inn i noen utstrekning.

³ Andenæs s. 6.

2 Presentasjon av de selskapsrettslige normene

2.1 § 3-4

Ifølge § 3-4 skal aksjeselskaper ”til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.” Påbudet regulerer situasjonen frem til det foreligger en kvalifisert kapitaltapssituasjon. Deretter er det § 3-5 som regulerer styrets plikter.

2.1.1 Forsvarlig egenkapital

Før de nye aksjelovene kom i 1997 hadde man ikke noe lovfestet krav til forsvarlig egenkapital, men et tilsvarende krav må kunne antas å ha gjeldt likevel. I blant annet den såkalte ”Kongeparkendommen”, Rt 1996 s. 672 uttalte dommerne: ”Aksjekapitalen i selskapet var på 50000,- kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig.” Her ble det altså forutsatt at selskaper også den gang kunne være nødt til å ha et kapitalgrunnlag utover lovens minste aksjekapital.⁴ Dersom styret unnlater å føre tilstrekkelig tilsyn med selskapets egenkapital eller foretar disposisjoner uten hensyn til at selskapet dermed ikke lenger har en forsvarlig egenkapital, kan dette medføre erstatningsansvar. Styremedlemmene blir imidlertid ikke erstatningsansvarlige kun på grunnlag av at egenkapitalen er eller blir uforsvarlig lav. Styret må ha handlet uaktsomt. Hvis styret kan dokumentere at det på en tilstrekkelig aktsom måte har hatt fokus på selskapets egenkapitalsituasjon, kan man neppe nå frem med et erstatningskrav.⁵

Når man skal vurdere hva som er en forsvarlig egenkapital innebærer dette ifølge forarbeidene at man skal foreta en samlet vurdering av selskapets kapitalgrunnlag og

⁴ Bråthen s. 110.

⁵ Bråthen s. 111.

økonomiske stilling.⁶ Det er altså ikke egenkapitalens størrelse isolert sett som er avgjørende; man må også vurdere forholdet mellom egenkapital og gjeld, gjeldens sammensetning og hvilke vilkår som knytter seg til selskapets forpliktelser. Hvorvidt styremedlemmene har opptrådt ansvarsbetingende uaktsomt ved vurderingen, vil således avhenge av om eller hvordan de har vurdert de ulike momentene som inngår i denne helhetsvurderingen.

Ved fastleggelsen av egenkapital og gjeld er det de reelle verdiene av selskapets eiendeler og gjeld som skal legges til grunn for vurderingen, ikke de balanseførte.⁷ Dersom styret vurderer egenkapitalen som høyere enn det som er balanseført, understrekes det i forarbeidene at denne vurderingen må ha grunnlag i en forsvarlig vurdering.⁸ Som eksempler på slike grunnlag nevnes overtakelsestilbud fra et annet selskap som overstiger den balanseførte egenkapitalen, eller at selskapet har valgt å foreta en utgiftsføring i et tilfelle hvor eiendelen lovlig kunne vært balanseført.

Det selvfølgeligste utgangspunktet for vurderingen av om selskapets egenkapital er forsvarlig, er egenkapitalens størrelse. Er egenkapitalen lavere enn virksomheten skulle tilsi, foreligger et tungtveiende argument for at egenkapitalen er uforsvarlig lav. En isolert bedømmelse av selskapets egenkapital vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å konstatere at egenkapitalen ikke er forsvarlig.⁹ Ved vurderingen av hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig, må man også vurdere hvilke vilkår som knytter seg til selskapets forpliktelser. Rentebetingelser er av interesse for å avgjøre selskapets økonomiske stilling. Det er dessuten sentralt om selskapets lån har kort eller lang løpetid, og kravene til egenkapitalen kan også reduseres dersom selskapet har ansvarlig lån eller en gunstig langsiktig finansiering.¹⁰ Garantier fra aksjonærer eller et annet selskap i samme konsern vil kunne ha samme betydning.¹¹ Hvilke forsikringer selskapet har og omfanget av disse vil også være

⁶ NOU 1996: 3 s. 102.

⁷ NOU 1996: 3 s. 102.

⁸ Ot.prp nr 23 (1996-97) s 52.

⁹ Bråthen s. 113.

¹⁰ NOU 1996: 3 s. 102.

¹¹ Bråthen s. 113.

relevant for vurderingen.¹² Videre er det argumentert for at det må kunne være relevant for vurderingen om selskapet kan forvente tilførsel av kapital ved kapitaltap; for eksempel et datterselskap der et økonomisk solid morselskap av forretningsmessige grunner ikke vil la datterselskapet gå konkurs.¹³

Det må ved vurderingen også tas hensyn til den risikoen som er knyttet til selskapets virksomhet. Ved særlig risikoutsatt virksomhet bør det normalt stilles strengere krav til egenkapitalgrunnlaget enn hvor selskapet er lite utsatt for uventede større svingninger i markedet eller tapsrisikoen for øvrig er liten.¹⁴ For eksempel vil entreprenørselskaper som baserer sin virksomhet på anbudsarbeid til fastpris måtte ha en større egenkapital som kan fungere som buffer enn hva man vil forlange av et handelsselskap som driver med stabile marginer og driftskostnader. Og selskaper som er påvirket av sesongsvingninger må ha en egenkapital som er tilstrekkelig til at de kommer seg gjennom lavsesongen. Selskaper som ekspanderer må bygge opp egenkapitalen planmessig i forhold til virksomheten.¹⁵

Bestemmelsen i § 3-4 oppstiller krav om at egenkapitalen skal være forsvarlig til enhver tid. Dette innebærer at det må foretas en fortløpende vurdering av den økonomiske situasjonen i selskapet, og styret kan ikke nøye seg med å vurdere situasjonen i forbindelse med utarbeidelse av årsregnskapet eller lignende. Hvor hyppige og grundige disse vurderingene må være, vil variere etter situasjonen. I forarbeidene heter det: "Dersom selskapets egenkapital etter det siste regnskapsåret er tilfredsstillende og det heller ikke i løpet av året inntreffer forhold som kan antas å ha vesentlig betydning for selskapets egenkapital, er det selvsagt ikke nødvendig for styret å foreta hyppige kontroller av egenkapitalen".¹⁶ Daglig leder har en rapporteringsplikt etter § 6-15, og den vil også kunne ha betydning for denne vurderingen.

¹² Ot.prp nr 23 (1996-97) s. 52.

¹³ Bråthen s. 113-114.

¹⁴ NOU 1996: 3 s. 102 og s. 146.

¹⁵ Bråthen s. 114.

¹⁶ Ot.prp nr 23 (1996-97) s. 55.

Styremedlemmenes handlemåte skal vurderes ut ifra situasjonen slik den fremsto på det tidspunktet da avgjørelsen ble tatt.¹⁷ Fra rettspraksis kan nevnes Rt 1991 s. 119, ”Minnordommen”, som eksempel på at dette kom uttrykkelig frem. Men selv om forsvarlighetsvurderingen naturligvis må knyttes til forholdene slik de fremstår på vurderingstidspunktet, kan ikke styret nøye seg med en slik rent statisk vurdering. De har både en rett og plikt til å ta hensyn til en forventet fremtidig utvikling. En lav egenkapital på vurderingstidspunktet behøver derfor ikke bety at den er uforsvarlig lav dersom ledelsen har berettigede forventninger om at situasjonen vil bedre seg innen rimelig tid. Særlig aktuelt vil dette være i en oppstartfase hvor det vil kunne anses forsvarlig å akseptere underskudd og synkende egenkapital i en overgangsperiode inntil selskapet kommer over i en normalisert og lønnsom driftssituasjon.¹⁸ Som utgangspunkt vil det ved vurderingen av den fremtidige utvikling for selskapet være nærliggende å basere seg på det hendelsesforløp som fremstår som mest sannsynlig på vurderingstidspunktet. Men dette kan ikke være tilstrekkelig. Styret må også ta høyde for uforutsette begivenheter; i hvilken utstrekning vil avhenge av virksomhetens art og den risiko som er forbundet med den.

Vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig må i utgangspunktet baseres på en forutsetning om fortsatt drift av selskapet. Dersom det fremstår som mest sannsynlig at virksomheten vil bli avviklet, må imidlertid den forutsetning legges til grunn.¹⁹ Ved en slik bedømmelse er det trolig sammenfall mellom grunnleggende regnskapsprinsipper og aksjelovene. Forutsetningen om fortsatt drift skal ifølge teorien i tråd med disse legges til grunn dersom avvikling ikke er det mest sannsynlige alternativet innenfor en tidshorisont på minst ett år.²⁰

¹⁷ Aarum s. 335, Dotevall s. 87.

¹⁸ NOU 1996: 3 s. 146.

¹⁹ Ot.prp nr 23 (1996-97) s. 52.

²⁰ Bråthen s. 111.

2.2 § 3-5

I dette avsnittet behandles innholdet av den handleplikten som oppstilles for styremedlemmene i § 3-5. Bestemmelsen har sammenheng med at det er styret i et selskap som har det overordnede ansvaret for en forsvarlig forvaltning av selskapet. Den innebærer ifølge forarbeidene en presisering og skjerping av styrets ansvar når selskapet ikke lenger befinner seg i en normalsituasjon, men er havnet i et økonomisk uføre hvor det er en reell risiko for at det vil inntre en økonomisk krise. Handleplikten etter bestemmelsen vil ifølge forarbeidene inntre på et tidligere stadium enn plikten til å begjære oppbud etter lov 22. mai nr 10, straffeloven § 283 a, og et uttalt formål med bestemmelsen er nettopp å forhindre at selskapet skal havne i en slik situasjon.²¹

2.2.1 Handlepliktens inntreden

Det oppstilles i bestemmelsen to alternative grunnlag for at handleplikt for styret skal inntre. Den vil for det første inntre hvis ”det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet”, altså dersom kravet som oppstilles i § 3-4 ikke er oppfylt. Det nærmere innholdet av dette forsvarlighetskravet er behandlet i punktet ovenfor. For det annet inntre en handleplikt dersom det må antas at selskapets egenkapital er mindre enn halvparten aksjekapitalen.

2.2.2 Handlepliktens innhold

Innholdet i handleplikten innebærer for det første at styret straks skal behandle saken når en nærmere angitt andel av selskapets egenkapital er gått tapt. For det annet skal styret deretter eventuelt innkalle generalforsamlingen og gi en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Det skal i den forbindelse også komme med forslag til tiltak for å bedre selskapets økonomiske stilling. Dersom det ikke finner grunnlag for å foreslå slike tiltak eller det ikke lar seg gjennomføre, plikter styret å foreslå selskapet oppløst.

²¹ NOU 1996: 3 s. 146.

Ordlyden i § 3-5 og en uttalelse i NOU 1996: 3 s. 146 tyder på at styrets plikter er begrenset til det ovennevnte; nemlig å vurdere situasjonen og foreslå aktuelle tiltak for generalforsamlingen. Gode grunner taler for at dette ikke kan være tilfellet. Med det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet vil styret innenfor rammen av sin kompetanse i stor utstrekning selv kunne iverksette tiltak for å bedre selskapets økonomi. Denne kompetansen har styret alltid både rett og plikt til å benytte, og dette kan neppe sies å endres ved at man konstaterer at egenkapitalen har blitt uforsvarlig lav. Dersom styret selv er i stand til innen rimelig tid å bedre den økonomiske stillingen, altså innen fristen for innkallelse til ekstraordinær generalforsamling, vil vilkårene for handleplikt ikke lenger foreligge og det kan ikke være nødvendig å innkalle til slik generalforsamling og heller ikke gi noen etterfølgende redegjørelse for situasjonen. § 3-5 setter dermed en grense for hvor lenge styret kan unnlate å informere generalforsamlingen i tilfeller hvor det er tegn på at selskapet har økonomiske problemer som styret ikke er i stand til å løse.²² Dersom styret ikke innkaller generalforsamlingen i troen på at de selv i tide skal klare å rette opp situasjonen, antar Bråthen at det vil gjelde et strengt krav til styrets aktsomhet.²³

2.2.2.1 Uforsvarlig egenkapital over halvparten av aksjekapital

Som nevnt må styrets kompetanse antas å være i behold også etter at det har konstatert at vilkårene for handleplikt foreligger. Dette har særlig betydning i de tilfeller hvor grunnlaget for handleplikten er at selskapet har en uforsvarlig lav egenkapital i forhold til virksomhetens omfang og risiko, men altså foreløpig ikke er så lav som under halvparten av aksjekapitalen. Styret vil her ha rett og plikt til å iverksette tiltak innenfor rammen av den alminnelige kompetanse, og det første leddet i styrets saksbehandling vil være å vurdere og iverksette slike tiltak.

Siktemålet for de tiltak styret foreslår for generalforsamlingen når egenkapitalen vurderes som uforsvarlig, må være å igjen gi selskapet en forsvarelig egenkapital. Dette

²² Aarbakke m.fl s. 186.

²³ Bråthen s. 69.

stiller seg noe annerledes i de tilfellene hvor grunnlaget er at egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen.

2.2.2.2 Egenkapital under halvparten av aksjekapitalen

Dersom selskapets egenkapital er mindre enn halve aksjekapitalen og handleplikt derfor inntreffer, vil styrets handlefrihet være mer begrenset enn hvor den bare er uforsvarlig lav.

For det første vil det som et utgangspunkt ikke skulle foretas noen vurdering av hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig. Dette utgangspunktet modifiseres i praksis noe av at det er den reelle egenkapitalen som er grunnlag for vurderingen, noe som innebærer at det også er de reelle verdiene av selskapets aktiva og passiva som skal legges til grunn. Ved en slik verdifastsettelse vil det kunne ligge betydelige momenter av skjønnsutøvelse. Særlig vil dette kunne være tilfellet med eiendeler som ikke har noen klar markedsverdi. Mens verdien av et selskaps bilpark relativt greit kan beregnes gjennom veiledende bruktbilpriser, vil typisk deres maskinpark bestå av utstyr som har verdi for en kun begrenset krets av interessenter. I sistnevnte tilfeller vil styrets vurderinger av verdien, og dermed av selskapets egenkapital, gi rom for skjønn. Dog må slike beregninger naturligvis også bygge på forsvarlige vurderinger fra styremedlemmenes side. Verdivurderinger som ikke har grunnlag i realistiske forventninger om hva eiendelene ville kunne innbringe ved realisasjon må i gitte situasjoner kunne anses som uaktsomme og dermed erstatningsbetingende. Bruk av eksperter og takstmenn vil kunne være nødvendig for at styremedlemmene skal kunne sies å ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

For det annet begrenses styremedlemmes handlefrihet ved egenkapital under halvparten av aksjekapital ved at styret har begrensede muligheter for å iverksette tiltak som endrer forholdet mellom egenkapital og aksjekapital. Endringer av aksjekapitalens størrelse krever normalt beslutning av generalforsamlingen, og styret må i tilfelle fremme et forslag om slik nedsettelse dersom den mener det vil være et egnet tiltak. Dersom aksjekapitalen i utgangspunktet ligger på lovens minimum, jfr § 3-1, vil et slik tiltak uansett være avskåret.

Det er noe uklart om styret plikter å foreslå tiltak som endrer forholdet mellom egenkapital og aksjekapital, for eksempel en aksjekapitalnedsettelse, eller om det avgjørende for plikten til å foreslå tiltak også i disse tilfellene er om selskapet har en

forsvarlig egenkapital. Uttalelser i forarbeidene trekker i retning av at det siste alternativet er det riktige²⁴. I Justisdepartementets høringsbrev 28. juni 2004 (snr. 200405676 EP) er § 3-5 foreslått endret med sikte på å gjøre det klart at bestemmelsen skal forstås på denne måten. Så lenge styremedlemmene i en slik situasjon altså passer på å forelegge saken for generalforsamlingen og redegjør for situasjonen, trenger de ikke foreslå konkrete tiltak for å endre forholdet. Noen erstatningsplikt for ikke å ha foreslått tiltak i en slik situasjon vil da naturligvis heller ikke være aktuell.

2.2.2.3 Innkalling av generalforsamlingen

Dersom styret ikke innen rimelig tid er i stand til å ordne opp i forholdet, må det altså etter aksjelovens § 3-5 innkalle generalforsamlingen. "Innen rimelig tid" innebærer at styret vil ha noe tid til å se an om situasjonen bedrer seg. En kan for eksempel tenke seg at et selskap har et stort råvarelager som ved et prisfall fører til at egenkapitalen i selskapet må betegnes som uforsvarlig lav. Dersom råvareprisene skulle falle brått som følge av at tilbudet i markedet plutselig blir større enn ventet, bør styret kunne drøye noe med å innkalle generalforsamlingen dersom det har en berettiget forventning om at det plutselig økte tilbudet i markedet er av forbigående karakter slik at prisene snart vil stige. Ifølge forarbeidene vil det forhold at det er behov for å bevare taushet omkring pågående forhandlinger om refinansiering også tilsi en noe lengre innkallingsfrist.²⁵ For øvrig vil fristens lengde bero på hvor mye tid styret trenger for å vurdere situasjonen og for å forberede foreleggelsen for generalforsamlingen.²⁶

2.2.2.4 Oppløsning av selskapet

Etter bestemmelsens annet ledd plikter styret i to ulike situasjoner å foreslå selskapet oppløst. Plikten inntreffer for det første hvis styret vurderer situasjonen slik at det ikke er

²⁴ Ot. prp nr 23 (1996-97 s. 54-55, NOU 1996:3 s. 147.

²⁵ NOU 1996:3 s. 146.

²⁶ Aarbakke m.fl s. 187.

grunnlag for å foreslå tiltak overfor generalforsamlingen som vil gi selskapet en forsvarlig egenkapital. I stedet for å foreslå tiltak, plikter styret da å foreslå selskapet oppløst. For det annet har styret en slik plikt dersom tiltak for å bedre selskapets økonomi ikke lar seg gjennomføre. Dette kan være tilfellet hvor foreslåtte tiltak ikke har oppnådd tilstrekkelig flertall i generalforsamlingen eller hvor generalforsamlingen vedtar tiltak som senere viser seg å ikke være gjennomførbare. Et eksempel kan være at en vedtatt aksjekapitalforhøyelse ikke oppnår tilstrekkelig aksjetegning. I den forbindelse er det et særlig spørsmål om styret plikter å foreslå selskapet oppløst direkte, eller om de kan velge å foreslå andre tiltak enn de som er vedtatt og ikke lar seg gjennomføre. Mye taler for at styret her bør ha en frihet til å velge innenfor rammen av hva som er en aktsom handlemåte etter § 17-1. I kommentaren til aksjeloven argumenteres det for en slik regel.²⁷ Tilsvarende gjør Bråthen og mener det avgjørende må være om styret handler på en aktsom måte og i selskapets interesse.²⁸ Hensynet til å søke å finne løsninger som forhindrer oppløsning av selskaper som kan ha livets rett i et lengre tidsperspektiv, taler for en slik løsning. Både samfunnsøkonomisk, for den enkelte aksjonær og for selskapets ansatte vil dette normalt være den beste løsning. Ved kravet til aktsomhet fra styremedlemmenes side sikrer man likevel at selskaper som etter all sannsynlighet ikke har noen fremtid, skal kreves oppløst.

²⁷ Aarbakke m.fl s. 190.

²⁸ Bråthen s. 70.

3 Partene

3.1 Selskapet som rettighetssubjekt

Oppgavens tema er som nevnt styremedlemmenes ansvar overfor selskapet, og selskapet er også det rettssubjekt som kan kreve erstatning etter § 17-1. En aksjeeier i selskapet kan etter § 5-11 kreve at generalforsamlingen tar standpunkt til et forslag om å fremme et erstatningskrav mot styremedlemmene. Dersom dette forslaget forkastes, kan aksjeeieren fremme selskapets krav selv etter § 17-4 forutsatt at han eier minst 10 % av aksjekapitalen. Eventuelt kan han sammen med andre aksjeeiere fremme kravet dersom selskapet har flere enn 100 aksjonærer og de som fremmer erstatningskravet utgjør minst 10 % av det samlede antall aksjonærer, jfr § 17-4 første ledd.

3.2 Selskapets konkursbo som rettighetssubjekt

Dersom det blir åpnet konkurs i selskapet, vil konkursboet kunne gjøre gjeldende krav basert på at selskapet er påført tap. Tidligere fulgte dette av rettspraksis, blant annet Rt 1993 s. 20, hvor dommerne på s. 26 uttalte: ”Men er selskapet insolvent, bør det regulært åpnes konkurs, og da vil konkursboet tre inn i selskapets rett etter asl § 15-1..” Tilsvarende ble lagt til grunn i Rt 1993 s. 1399, hvor Høyesterett la til grunn at selskapet var påført tap, men hvor det i teorien er tatt til orde for at det i virkeligheten var kreditorfellesskapet som var skadelidt.²⁹ I Rt 1993 s. 987 bygget flertallet på det syn at tap oppstått etter at selskapet var blitt insolvent var selskapet og dermed også konkursboet uvedkommende, men dette må man anse fraveket ved Rt 1993 s. 1399.³⁰ Konkursboets rett følger nå også av lov 8. juni 1984 nr 59, dekningsloven § 5-3 a)

²⁹ Aarum s. 274.

³⁰ Aarbakke m.fl s. 951.

3.3 Styremedlemmene som pliktsubjekter

Styremedlemmene har et individuelt ansvar, og et ansvarsgrunnlag må derfor påvises i forhold til det enkelte medlem, ikke for styret som organ, se for eksempel Rt 1930 s. 533 og Rt 1991 s. 835. For det tilfellet at selskapet nøyer seg med å saksøke ett eller noen av styremedlemmene, kan saksøkte ikke kreve seg frifunnet med den begrunnelse at også de øvrige medlemmene av styret skulle ha vært saksøkt. Det er opp til selskapet å avgjøre hvem det ønsker å saksøke. Dersom to eller flere styremedlemmer har forårsaket et økonomisk tap hefter de solidarisk etter lov 13. juni 1969 nr 69, skadeserstatningsloven § 5-3. Den saksøkte har adgang til selv å saksøke andre styremedlemmer han mener er medansvarlige og søke regress hos disse, og disse kan trekkes inn i saken mellom den saksøkte og selskapet i henhold til lov 13. august 1915 nr 6, tvistemålsloven § 69.³¹ De kan for øvrig også saksøkes i ettertid.³²

Et styremedlem skal utøve sine funksjoner i selskapet gjennom en organisert beslutningsprosess, og man vil vurdere et mulig erstatningsansvar opp mot det standpunkt som medlemmet inntok i det aktuelle spørsmål; under foreliggende problemstilling hvordan det forholdt seg til forslag vedrørende selskapets egenkapital. Et styremedlem vil også kunne holdes ansvarlig for å ikke ha gjort tilstrekkelig for å hindre at skaden og tapet oppsto eller for overhodet ikke å ha reagert når det fikk indikasjoner på at forhold ikke var som de skulle. Dette vil typisk være situasjonen ved uforsvarlig lav egenkapital i et selskap; styremedlemmet har ikke overholdt den handlingsplikt som oppstilles i § 3-5.

Også varamedlemmer til styret vil kunne bli erstatningsansvarlige etter bestemmelsen, men da bare under forutsetning av at de har deltatt i den beslutningsprosess og saksbehandling som danner grunnlaget for erstatningskravet. Regelen kan også anvendes på avviklingsstyre som er i funksjon ved avvikling, men et erstatningsansvar for disse etter brudd på §§ 3-4 og 3-5 synes lite praktisk.

Ansvarsregelen kommer til anvendelse når styremedlemmet har voldt selskapet tap under ”utførelsen av sin oppgave”, hvilket forutsetter at denne har opptrådt i egenskap av

³¹ Aarbakke m.fl. s. 945.

³² Aarum s 68, Dotevall s. 65.

styremedlem. Når selskapet er påført et erstatningsberettiget tap, er utgangspunktet at styremedlemmet er ansvarlig for hele tapet. Dersom det er flere ansvarlige, vil de som utgangspunkt hefte solidarisk.

4 Aktsomhetsvurderingen

4.1 Innledning

I henhold til § 17-1 kan selskapet kreve at styremedlemmer ”erstatte tap de forsettlig eller uaktsomt har voldt det under utførelsen av sin oppgave.” Erstatningsansvaret er en kodifisering av det ulovfestede culpaansvaret. § 17-1 hjemler kun styremedlemmenes ansvar overfor selskapet, og selv om også kreditorer kan være erstatningsberettiget etter den ulovfestede culperegelen, er disse rettighetssubjektene ikke omfattet av oppgavens problemstilling og behandles ikke i det følgende.

Den tradisjonelle forståelsen av den generelle culpanormen er at erstatningsansvar inntreffer ”for adekvat skade som er voldt ved en rettsstridig handling som kan tilregnes skadevolderen som forsettlig eller uaktsom, forutsatt at skaden har rammet en interesse som er vernet ved erstatningsreglene.”³³

Problemstillingen her er hvor strengt aktsomhetskravet skal være når et erstatningskrav mot styremedlemmene skal vurderes. Sentralt i den forbindelse er hvilket spillerom styremedlemmene har for feilvurderinger under sin forvaltning av selskapet og hvor grundig beslutningsgrunnlag deres avgjørelser må baseres på. For at det skal foreligge et ansvarsgrunnlag må styremedlemmet etter den vanlige definisjonen av den generelle culpanormen ha foretatt en ”rettsstridig handling som kan tilregnes styremedlemmet som forsettlig eller uaktsom”.

Det har i teorien vært vanlig å dele culpanormen inn i en objektiv og en subjektiv del.³⁴ Selv om et slik skille kan fremstå noe kunstig ettersom culpavurderingen skal være en bredt sammensatt helhetsvurdering, har en slik metode likevel noen pedagogiske fordeler ved at de ulike elementene i helhetsvurderingen på denne måten kommer klarere frem. I den

³³ Hagstrøm s. 9-10.

³⁴ Se bl.a. Mack Løvdal TtF s. 538.

objektive vurderingen tar man utgangspunkt i en tenkt normalpersons aktsomme handlemåte, mens den subjektive tar for seg sider ved det enkelte styremedlemmet som kommer inn ved vurderingen av aktsomheten. Jeg vil for oversiktens skyld i det følgende dele inn behandlingen i to deler ut fra dette skillet, men i praksis vil det være vanskelig å dele opp denne vurderingen i en objektiv og en subjektiv del.

4.2 Culpavurderingens objektive del

4.2.1 Innledning

Dersom man skal kunne pålegge styremedlemmer et erstatningsansvar, er det et krav at de har brutt en aktsomhetsnorm; deres handling eller unnlátelse må være rettsstridig.³⁵ Spørsmålet blir i det følgende hvordan man finner frem til den aktsomhetsnorm som gjelder for styremedlemmer i en situasjon hvor selskapets økonomi svekkes. Man må stille spørsmålet hvordan et omhyggelig og fornuftig styremedlem vanligvis ville opptre.³⁶

Ved vurderingen av hvorvidt styremedlemmet skal holdes erstatningsansvarlig for sine handlinger eller unnlátelser i et selskap med svak økonomi, er det naturlig å ta utgangspunkt i de skrevne adferdsnormene som regulerer situasjonen, altså §§ 3-4 og 3-5, og deretter utfylle med eventuell relevant rettspraksis, sedvaner eller vanlige handlemåter på området, selskapets egne reguleringer, vanlig rettsoppfatning og reelle hensyn.³⁷

I NOU 1992: 29 foreslo Aarbakkeutvalget å innføre en regel etter mønster av den svenske aktiebolagslagen 13.2 som ville medføre et betydelig skjerpet ansvar for styremedlemmene i et underfinansiert selskap. Etter utkastets § 3-4 skulle ansvar inntre uavhengig av om styret hadde utvist noen skyld og det var ikke oppstilt noen krav til at det måtte foreligge årsakssammenheng mellom styrets unnlátelse og det beløp de kunne bli holdt ansvarlige for. Begrunnelsen var å styrke kreditorvernet og gjaldt dermed ikke ansvaret overfor selskapet direkte. Det vil imidlertid likevel kunne ha betydning for

³⁵ Om den generelle culpanorm: Hagstrøm s. 15.

³⁶ Om den generelle culpanorm: Hagstrøm s. 9.

³⁷ Se bl.a Mack Løvdal Tff s. 541.

vurderingen av slikt ansvar. Forslaget ble ikke tatt til følge, og mange av de hensyn som lå til grunn for å avvise et så vidt strengt ansvar for styremedlemmer, vil også ha relevans for den vurdering som må foretas når aktsomhetskravet skal vurderes ved erstatningskrav fra selskapet.

Den omstendighet at selskapet har en daglig leder, vil også kunne påvirke de kravene som kan stilles til styremedlemmenes aktsomhet. Dette har man eksempel på i Rt 1992 s. 93 som gjelder styreformannens ansvar for unnlatt skattetrekk. Tilsvarende vurdering bør være aktuell også ved brudd på §§ 3-4 og 3-5. Dersom styret etter § 6-2 har valgt ikke å ha en daglig leder i selskapet, synes det rimelig å anse styremedlemmene for å selv ha påtatt seg en plikt til å holde seg bedre informert om selskapets drift, herunder egenkapitalsituasjonen. En annen tolkning av et slik valg ville innebære at man aksepterer at styret kan bestemme at ingen trenger å holde seg kontinuerlig oppdatert om selskapets tilstand, hvilket synes som en uheldig løsning. Dersom styremedlemmene etter dette ikke følger opp denne plikten, synes et erstatningsansvar nærliggende.

Når det gjelder styremedlemmer må det særlig legges vekt på at det å drive virksomhet innebærer en økonomisk risiko. At forhold i ettertid fremstår som utslag av en feilvurdering, er blant de risiki som en virksomhet innebærer. Tap som følge av slike forhold medfører ikke et erstatningsansvar. Et ansvarsgrunnlag vil først foreligge dersom styremedlemmenes feilvurdering går utover det å ta slike forretningsmessige risiki. Rt 1991 s.119 bygger blant annet på at styremedlemmer i et selskap med svak økonomi i noen grad er berettiget til å ta visse risiki for å redde selskapet. Dommen gjelder krav fra enkeltkreditorer og tapene bygger ikke direkte på drift med uforsvarlig egenkapital. De hensyn dommerne har vektlagt synes det imidlertid nærliggende å legge vekt på også der styremedlemmer venter noe med å innkalle generalforsamlingen i påvente av at de for eksempel skal få på plass ny finansiering eller at de venter en oppgang i markedet og ikke ønsker å avsløre overfor omverdenen at selskapet sliter økonomisk.

For oversiktens skyld blir aktsomhetsvurderingen etter §§ 3-4 og 3-5 behandlet hver for seg i det følgende.

4.2.2 Aktsomhetsvurderingen etter § 3-4.

4.2.2.1 Generelt om aktsomhetsnormen i § 3-4-situasjoner

Ordlyden i § 3-4 er vag og lite presis i sin utforming. Som aktsomhetsnorm vil en slik regel være lite egnet til direkte anvendelse fordi den ikke gir klare holdepunkter for hvilke forholdsregler som er påkrevd.³⁸ Dette gir lite veiledning for styremedlemmene som pliktsubjekter, men også for selskapet som rettighetssubjekt. Det oppstilles i § 3-4 et mål for styrets arbeid, men ingen klare, konkrete plikter for styremedlemmene. Den rettsstridsvurderingen som man må foreta for å vurdere styremedlemmenes aktsomhet blir dermed vanskelig å forankre direkte i bestemmelsen.

Når domstolen etter dette ikke har noen spesifikke handlingsplikter for styremedlemmene å ta utgangspunkt i før det foreligger en kvalifisert kapitaltapssituasjon som reguleres av § 3-5, vil den måtte bygge aktsomhetsregelen opp fra bunnen av.³⁹ Normalt har domstolen da gjerne redegjort for de faktiske forhold og deretter konkludert med hva skadevolderen skulle ha gjort i den aktuelle situasjonen.⁴⁰

4.2.2.2 Forvaltningsmessige avgjørelser

§ 3-4 inneholder en plikt for styret til å besørge og opprettholde en forsvarlig egenkapital i selskapet. I en uaktsomhetsvurdering må man dermed vurdere hvilke avgjørelser styret ved forvaltningen av selskapet kan ta og hvilke de må ta for at deres beslutninger skal kunne karakteriseres som aktsomme.

De avgjørelser som styret treffer vil i utgangspunktet være av forretningsmessig art.⁴¹ I amerikansk rett opereres det med en ”business judgement rule”. Denne oppstiller en presumsjon for at styrets forretningsmessige avgjørelser er forsvarlige. I norsk rett er det ikke grunnlag for å hevde at culpavurderingen ved forretningsmessige avgjørelser erstattes

³⁸ Nygaard s. 201.

³⁹ Mack Løvdal Tff s. 543-544.

⁴⁰ Om den generelle situasjon: Hagstrøm s. 25.

⁴¹ Aarum s. 303.

av en slik regel, men også norske domstoler har vist en klar tendens til å være tilbakeholdne med å sensurere slike avgjørelser.⁴²

Når det på tidspunktet for styrets beslutning er usikkert hvilket handlingsalternativ som er til selskapets beste, anfører Aarum at styret bør kunne treffe sitt valg uten å bli ilagt et erstatningsansvar selv om det i ettertid skulle vise seg at et annet alternativ ville ha vært det beste.⁴³ Løsningen underbygges med at dette var situasjonen i blant annet Rt 1931 s. 498 og Rt 1991 s. 119. Det kan være vanskelig å påvise alternative handlingsmåter som styremedlemmene ville visst kunne hindret skaden på beslutningstidspunktet, og et slik minstekrav kan være en av grunnene til at forretningsmessig skjønn sjelden er uaktsomt.

Risikovilkåret, altså kravet om at risikoen må være av en viss størrelse for at erstatningsansvar skal kunne pålegges, står sentralt i vurderingen av § 3-4-situasjoner. Det overordnede målet for styremedlemmene i et aksjeselskap er å skape et størst mulig økonomisk overskudd gjennom virksomheten. Dette innebærer at det må tas en risiko som kan innebære at de involverte blir påført et tap. At denne risikoen realiserer seg og medfører et tap for selskapet, gir ikke alene et grunnlag for å hevde at styremedlemmene har vært uaktsomme i sin forvaltning av selskapet. Det er altså i utgangspunktet en høy tålegrense for risiko ved forretningsmessige avgjørelser.⁴⁴

Spørsmålet blir så om innføringen av § 3-4 har medført at denne tålegrensen for risiko ved forretningsmessige avgjørelser er endret; om lovgiver har ment at hensynet til selskapets kapitalgrunnlag skal veie tyngre i forhold til adgangen til å ta forretningsmessig risiko. Etter sin ordlyd oppstiller § 3-4 et påbud om at egenkapitalen må være forsvarlig. Man må spørre seg om dette innebærer at styremedlemmene ikke kan fatte beslutninger som innebærer en så stor risiko at egenkapitalen vil bli uforsvarlig lav dersom risikoen skulle realisere seg. Hvordan denne vurderingen skal foretas etter § 3-4 er det vanskelig å si noe sikkert om før man får rettspraksis som trekker opp noen grenser. Foreløpig foreligger lite relevant materiale her. I det følgende vil derfor de mer generelle momentene som er relevante i risikovurderingen behandles.

⁴² Aarum s. 331.

⁴³ Aarum s. 336.

⁴⁴ Mack Løvdal Tff s. 545.

4.2.2.3 Tålegrensen for risiko

I risikovurderingen er det den objektive risikoen som er avgjørende. Hvordan styremedlemmet selv oppfattet risikoen og hvordan denne fortoner seg i ettertid, har ingen betydning.

Særlig tre elementer er viktige når man skal vurdere om risikoen oppfyller minstekravet: risikoens grad, art og nærhet. Disse momentene kan i praksis lett gli over i hverandre, og de er heller ikke kumulative.

Risikograden er et sentralt moment i aktsomhetsvurderingen. Jo høyere risiko det er for at skade skal inntre, jo høyere aktsomhet kreves. I relasjon til §§ 3-4 og 3-5 kan man generelt si at risikoen for tap øker jo dårligere selskapets kapitalgrunnlag blir.

Det er imidlertid ikke bare sannsynligheten for skade som må vurderes; også størrelsen på den potensielle skaden, skadens art, har betydning for aktsomhetskravet. Jo større skade som risikeres, jo strengere krav til styremedlemmenes aktsomhet.

Ved vurderingen av skadens nærhet, er det ikke bare nærhet i tid som har betydning. Også om skaden er en naturlig eller typisk utvikling i den aktuelle situasjon må vurderes. Jo mer nærliggende en skade eller en risiko er, jo mer vil risikoen påvirke forventningene om at styremedlemmene skal gripe inn. Vilkåret vil for øvrig ha mye til felles med en adekvansvurdering.

Minstekravet til risikoen kan formuleres negativt: kravet er ikke oppfylt dersom risikoen er så liten, uvesentlig eller fjern at et normalt menneske ikke ville handlet annerledes dersom det hadde visst at det var en risiko.

Aktsomhetsvurderingen er relativ, og årsaken til selskapets tap er et av flere momenter som vil påvirke hvilken risiko som aksepteres. Dersom årsaken til tapet er en feil forretningsstrategisk vurdering, er normalt tålegrensen for risiko høy. Hvis derimot selskapets sviktende økonomi skyldes manglende tilsyn og dermed forsinket eller ikke-eksisterende iverksettelse av tiltak, vil det ikke kunne sies å være den forretningsmessige risikoen som har slått til, og tålegrensen blir lavere. Tilsvarende vil gjelde når dårlig eller manglende saksbehandling har hatt som konsekvens at tiltak ikke har blitt iverksatt, at feil tiltak har blitt iverksatt eller at tiltak har blitt iverksatt for sent.

Risikogrensen vil være avhengig av hvilken bransje selskapet driver virksomhet i.⁴⁵ Noen bransjer vil etter sin art ha en høyere risikoprofil enn andre, og innenfor enkelte bransjer vil samfunnshensyn medføre at selskapet må ha en relativt lav risikoprofil. Et eksempel på dette kan være finansieringsselskaper.⁴⁶ Tradisjonelt vil næringer som skipsfart og offshoreindustri innebære relativt høy risiko, og det er argumentert for at styremedlemmene i slike selskaper bør stå friere til å ta risiko på vegne av selskapet enn styret i forsikringsselskaper og banker.⁴⁷ Gjennom den formålsangivelse som etter asl § 2-2 skal inntas i selskapets vedtekter skal aksjonærene i selskapet få en antydning om hvilken risiko de løper ved å investere i selskapet, og de får en mulighet til å kontrollere innenfor hvilke bransjer det kan drives virksomhet. Her vil aksjonærene kunne vurdere risikoen før de satser penger på selskapet, og gode grunner taler da for at de også selv i stor grad må bære den risikoen som de har valgt å utsette seg for.

Det finnes ulike kriterier for å vurdere hvilken risiko som er akseptabel. I amerikansk rett har man eksempler på at økonomiske vurderinger blir lagt til grunn når domstolene skal avgjøre erstatningsspørsmål.⁴⁸ Metoden innebærer at man veier den mulige gevinst opp mot den risikoen for tap som en handling eller en unnlattelse kan medføre og ser dette i sammenheng med hva skadevolder måtte gjøre for å unngå skaden. Denne kost-nyttetankegangen har fellestrekk med den proporsjonalitetsvurderingen som er vanlig etter norsk rett.⁴⁹ Blant annet så man antydninger til en slik metode i Rt 1991 s. 119 hvor retten la vekt på at styremedlemmene hadde et ”ikke urealistisk håp om at reisen ville gi overskudd og dermed snu stillingen for linjen – iallfall hadde man håp om å unngå tap.”

Tålegrensen vil også avhenge av hvem som er skadelidt, hvilke forventninger denne har til styremedlemmenes handlemåte og hvilken informasjon man kan forvente at den skadelidte skaffer seg. Generelt kan man si at aksjonærer og dermed selskapet i utgangspunktet må tåle en høyere risiko enn kreditorer, selv om profesjonelle kreditorer

⁴⁵ Mack Løvdal Tff s. 546.

⁴⁶ Dotevall s. 85.

⁴⁷ Aarum s. 346.

⁴⁸ Mack Løvdal Tff s. 546.

⁴⁹ Dotevall s. 86.

også må tåle en høy risiko.⁵⁰ § 3-4 kan muligens sies å gi aksjonærfellesskapet endrede forventinger til hva styremedlemmene kan og må foreta seg og at de etter bestemmelsen dermed har fått mindre handlefrihet til å ta forretningsmessig risiko.

Dersom skadelidte måtte ha vært forberedt på forhold som kunne inntre og skape tap, må han selv bære risikoen for dette. I disse tilfellene vil skadelidte ha hatt mulighet til å innrette seg etter den risikoen som forelå og dette vil ha betydning ut fra en aksept av risiko-tankegang.⁵¹

Skadelidte forventes å skaffe seg informasjon og dette går inn i vurderingen av hva skadelidte kan sies å ha akseptert av risiko. Aksjonærenes og selskapets tålegrense er i utgangspunktet høy.⁵² Der aksjonærfellesskapet er skadelidt, anser man investorene for i utgangspunktet å ha tatt en risiko ved å starte et aksjeselskap og at denne tapsrisikoen samsvarer med en tilsvarende mulighet for gevinst. Det er også aksjonærene som velger styremedlemmene i selskapet, og de må som utgangspunkt derfor også bære risikoen for det personvalget de har foretatt.⁵³

Et ytterligere moment når man skal fastsette tålegrensen for risiko finner man i selskapets kapitalgrunnlag. Man kan generelt si at jo sterkere dette kapitalgrunnlaget er, jo friere står styremedlemmene til å ta risiko.⁵⁴ Den risikovurdering som man her må foreta vil være en bredt sammensatt helhetsvurdering hvor faktorer som kontantstrøm, overskudd, egenkapitalgrad, likviditet og inntjeningsmuligheter vil være sentrale. Den risikoen som etter dette tas, må stå i forhold til den økonomiske bæreevne som selskapet har.⁵⁵ En slik vurdering finner man et eksempel på i Rt 1991 s.119 hvor retten drøftet hvorvidt AS Normount Africa Line hadde et kapitalgrunnlag som gjorde det forsvarlig å leie inn M/S ARAO til en ny reise for selskapet.

⁵⁰ Mack Løvdal Tff s. 547.

⁵¹ Mack Løvdal Tff s. 547.

⁵² Mack Løvdal Tff s. 547.

⁵³ Aarum s. 305.

⁵⁴ Aarum s. 346.

⁵⁵ Krüger Andersen s. 428.

Når man etter dette så har funnet tålegrensen i den aktuelle bransje og overfor den aktuelle skadelidte, må risikoen i det konkrete foreliggende tilfellet fastlegges. Denne konkrete risikovurderingen deles inn i tre problemstillinger: sannsynlighet for tap, størrelsen på det potensielle tapet og hvor nærliggende og påregnelig følge av styrets beslutning tapet er.

Når det gjelder sannsynligheten for tap vil aktsomhetskravet skjerpes dersom styremedlemmene burde vite at den type forretningsmessig beslutning som de fatter i et overveldende flertall av tilfeller medfører tap.⁵⁶

Størrelsen på det potensielle tapet er viktig for vurderingen på den måten at dersom risikoen medfører store tap dersom den realiseres, så økes aktsomhetskravet. Fare for store tap kan for eksempel lett forekomme ved brudd på finansielle vilkår knyttet til låneavtaler. Det er et vanlig vilkår i slike avtaler at det stilles minimumskrav til selskapets egenkapitalgrad. Hvilke krav som stilles vil avhenge blant annet av hvilken bransje selskapet driver sin virksomhet innenfor. Det er visstnok ikke uvanlig at banker og finansinstitusjoner krever en egenkapitalgrad mellom 15 og 25 % og at en vanlig følge av brudd på dette vilkåret er at lånet forfaller i sin helhet.⁵⁷ Dette vil igjen lett lede til omfattende tap for selskapet. Når styremedlemmer skal vurdere hvilke forretningsmessige beslutninger de kan ta på vegne av selskapet må de derfor være påpasselige med at egenkapitalgraden i selskapet også etter at beslutningen er iverksatt oppfyller de krav som er stilt i selskapets ulike låneavtaler.

Som nevnt ovenfor må man i risikovurderingen også vurdere hvor nærliggende og påregnelig følge av styrets beslutning som tapet er. Det må spørres om det forhold som forårsaket tapet var noe styremedlemmene kan bebreides for ikke å ha forutsett. Dersom det oppstår helt plutselige og uventede konjunktursvingninger vil man ikke nødvendigvis kunne bebreide styremedlemmene for ikke å ha forutsett situasjonen. Dette var tilfellet både i Rt 1931 s. 498 og Rt 1931 s. 993 hvor de plutselige og uventede konjunktursvingningene førte til ansvarsfrihet for styremedlemmene.⁵⁸

⁵⁶ Mack Løvdal Tff s. 547.

⁵⁷ Mack Løvdal Tff s. 548.

⁵⁸ Aarum s. 348.

Mens fokus ovenfor har vært rettet mot de beslutningene som styremedlemmene *kan* fatte, vil man også måtte vurdere hvilke beslutninger som de *må* fatte for å ikke være uaktsomme i sin forvaltning av selskapet. En slik tiltaksplicht følger både forutsetningsvis av § 3-4 og av den alminnelige forvaltningsplikten etter § 6-12. Dersom det anses nødvendig for å holde egenkapitalen på et forsvarlig nivå, må styret iverksette tiltak. Det må sondres mellom tilfeller hvor tiltak ikke er iverksatt når de burde og tilfeller hvor feil tiltak er iverksatt. Generelt vil aktsomhetskravet ved vurderingen av om det skal iverksettes tiltak være strengere enn ved vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes. Grunnen til dette er at spørsmålet om hvilke tiltak som skal iverksettes har mye til felles med den vurdering som foretas ved forretningsmessige avgjørelser og hvor vi har sett at det ikke oppstilles noen streng aktsomhetsvurdering.⁵⁹

4.2.2.4 Styrets saksbehandling

I dette punktet skal aktsomhetsnormen vurderes i forhold til styremedlemmenes saksbehandling i tilfeller hvor man ikke kan fastslå at de har foretatt klare brudd på saksbehandlingsreglene som oppstilles i aksjelovenes kapittel 6, men hvor det likevel kan foreligge brudd på § 3-4.

De sentrale spørsmålene i denne forbindelse er for det første hvor godt informert styremedlemmene må være før de treffer en beslutning på selskapets vegne, og for det annet hvor bred diskusjon saken må undergis i styret.

I Rt 1991 s. 119 la dommerne vekt på at styremedlemmene i AS Normount Africa Line hadde holdt seg orientert om de markedsforholdene som selskapet opererte i og at de hadde fulgt med på resultatutviklingen i selskapet. Det ble også fremhevet at man ikke hadde grunnlag for å hevde at styremedlemmene ikke hadde ført en betryggende kontroll med bokføringen i selskapet.

Rt 1931 s. 498 er et eksempel på en avgjørelse hvor dommerne som ledd i begrunnelsen for å frifinne styremedlemmene anførte at de forretningsmessige avgjørelsene var behandlet på flere representantskapsmøter i selskapet. Etter Aarums oppfatning kan en

⁵⁹ Mack Løvdal TtF s. 548.

uforsvarlig saksbehandling i seg selv være rettstridig og medføre et erstatningsansvar for styremedlemmene, og hun anfører at selv om dommen ikke uttrykkelig gir uttrykk for dette, gir den indirekte støtte til dette synet ved at dommerne ved ansvarsvurderingen la vekt på at saksbehandlingen var forsvarlig.⁶⁰

Disse to dommene underbygger synspunktet om at den generelle tålegrensen for risiko ved forretningsmessige avgjørelser vil avhenge av om den forretningsmessige vurderingen kan sies å være opplyst og rasjonell. Når det gjelder selve beslutningsgrunnlaget for de forretningsmessige avgjørelsene, vil altså ikke styremedlemmene ha noen vid skjønnsmargin.⁶¹ Et sentralt forhold som trekkes frem i teorien i den forbindelse er at en del styremedlemmer møter uforberedt til styremøter hvor viktige beslutninger skal treffes, og at erstatningsreglene derfor bør utformes slik at de oppfordrer styremedlemmene til å påse at det ikke treffes beslutninger på sviktende grunnlag.⁶²

Kravene til styrets saksbehandling vil naturlig nok måtte vurderes ut ifra hvilken betydning saken har for selskapet. Dersom det er store økonomiske interesser på spill eller et selskap har dårlig økonomi, vil styremedlemmenes avgjørelser ha desto større betydning. Hvilke krav som skal stilles til saksbehandlingen, vil også avhenge av hvilken samlet kompetanse styret besitter på det området beslutningen gjelder og om styret arbeider under tidspress. Dersom hele styret mangler kompetanse på det aktuelle området, vil det måtte foretas en grundigere saksbehandling hvor ekstern kompetanse gjerne vil være nødvendig. Videre vil risikoen, herunder størrelsen på og sannsynligheten for tap, ha betydning for hvor grundig saksbehandling saken må undergis. Betydning vil det også ha om styret har rettet forespørsler om saken til selskapets administrasjon og som man så i Rt 1931 s. 498, omtalt ovenfor, om saken har blitt diskutert i mer enn ett møte.⁶³

Ved større beslutninger synes det rimelig at man som et utgangspunkt oppstiller et krav til at styremedlemmene får et skriftlig beslutningsmateriale og at de gis tilstrekkelig tid til å

⁶⁰ Aarum s. 325.

⁶¹ Werlauff s. 30.

⁶² Aarum s. 327.

⁶³ Mack Løvdal TtF s. 549.

sette seg inn i saken før beslutningen må fattes.⁶⁴ Dersom administrasjonen i det vesentligste redegjør kun muntlig for slike viktige saker på det møtet hvor beslutningen tas, kan dette etter omstendighetene være uaktsom saksbehandling.

Det vil også kunne være uaktsom saksbehandling dersom man ikke bruker ekstern ekspertise på saker av stor betydning for selskapet. Terskelen for når styret bør benytte seg av dette vil blant annet måtte vurderes ut fra hvilken kompetanse de selv besitter og hvilket tidspress de arbeider under.⁶⁵ I saker med tidspress vil det enkelte ganger være best å innhente mer informasjon selv om man da skulle måtte avslå et tilbud, mens det andre ganger vil være best å treffe beslutningen straks selv om man ideelt sett skulle hatt et grundigere beslutningsgrunnlag. Så lenge ikke et alternativ fremstår som klart best, er det argumentert for at styret er den som er best til å vurdere alternativene, og at styremedlemmene i ettertid ikke skal kunne holdes erstatningsansvarlige om valget påfører selskapet et tap.⁶⁶

Mye av styremedlemmenes beslutningsgrunnlag vil være informasjon fra selskapets administrasjon, og daglig leder har etter § 6-21 ansvaret for å forberede de saker som skal behandles av styret. Etter ordlyden skal saker forberedes og fremlegges på en slik måte at styret gis et tilfredsstillende behandlingsgrunnlag. Daglig leder har dermed et selvstendig ansvar for at informasjonen er korrekt og tilstrekkelig for at styremedlemmene kan foreta sine vurderinger, og i utgangspunktet kan styremedlemmene stole på og innrette seg etter denne informasjonen. Dersom det skulle vise seg at informasjonen var uriktig, vil styremedlemmene ofte bli hørt med at de stolte på den redegjørelsen som ble gitt.⁶⁷ Imidlertid må de kontrollere det beslutningsgrunnlaget de får dersom de mistenker at den inneholder informasjon som ikke er korrekt. De må også vurdere hvorvidt den informasjon

⁶⁴ Aarum s. 329.

⁶⁵ Mack Løvdal Tff s. 549.

⁶⁶ Aarum s. 328.

⁶⁷ Aarum s. 330.

som de har mottatt er tilstrekkelig til å tjene som grunnlag for en beslutning.⁶⁸ At tallmaterialet i daglig leders rapport er ajourført bør de uansett kontrollere.⁶⁹

Som omtalt ovenfor i punktet om forvaltningsmessige avgjørelser vil det ofte være knyttet krav til egenkapitalgrad i selskapets låneavtaler, og brudd på disse vil typisk medføre at lånet forfaller ekstraordinært i sin helhet. Det oppstilles derfor som et minimumskrav til styrets saksbehandling at den må avklare hvilken betydning den aktuelle beslutning vil kunne ha for selskapets eksisterende avtaler. Dersom en beslutning medfører eller med høy grad av risiko kan medføre at lånevilkår brytes med påfølgende ekstraordinært forfall, må styremedlemmene i sin saksbehandling ta hensyn til dette og endre eller avstå fra den aktuelle beslutningen. Det kan også tenkes at saksbehandlingen avdekker at lånevilkår vil brytes dersom tiltak ikke blir besluttet, og i slike tilfeller må styret i sin saksbehandling forholde seg til dette og sørge for at de tiltak gjennomføres som er nødvendige for at lånevilkårene oppfylles og avtalene opprettholdes. Tilsvarende aktsomhet i saksbehandlingen vil gjelde forholdet til offentligrettslige reguleringer; styret må vurdere hvilke rammer offentligrettslige rammer setter for forskjellige beslutningsalternativer og handle innenfor disse rammene.⁷⁰

4.2.2.5 Domstolsprøvelsen

Det kan være verdt å knytte en kort kommentar til domstolsprøvelsen av de spørsmålene som er omtalt her. Teorien fremholder at forretningsmessige avgjørelser ikke står i en særstilling hva gjelder culpavurderingen og at det ikke finnes grunnlag for å hevde at culpavurderingen er erstattet av en "business judgement rule" som man har i amerikansk rett, som som nevnt oppstiller en presumsjon for at forretningsmessige beslutninger er forsvarlige.⁷¹ Våre domstoler har gått lenger i prøvelsen av slike beslutninger enn hva som er det vanlige i amerikansk rett. Imidlertid har også norske domstoler vist tilbakeholdenhet

⁶⁸ Mack Løvdal Tff s. 550.

⁶⁹ Mack Løvdal Tff s. 555.

⁷⁰ Mack Løvdal Tff s. 549.

⁷¹ Aarum s. 331.

med å ilegge ansvar her, og det kan synes som om det skal en del til før ansvar pålegges.⁷² Hensynet bak er at styremedlemmene normalt vil ha bedre forutsetninger for å vurdere slike avgjørelser når de måtte oppstå enn dommerne vil ha ved en etterprøving. Slike rettspolitiske hensyn vil ikke kunne anføres i de tilfeller hvor styremedlemmene ganske enkelt har unnlatt å ta stilling til viktige spørsmål.⁷³ Når beslutninger eller manglende iverksettelse av tiltak er et resultat av dårlig saksbehandling, vil domstolene derfor lettere vurdere styremedlemmenes adferd som uaktsom enn når de skal ta stilling til deres forretningsmessige vurderinger.⁷⁴

4.2.3 Aktsomhetsvurderingen etter § 3-5

4.2.3.1 Innledning

§ 3-5 er en adferdsnorm som oppstiller plikter for styremedlemmene i selskapet. Når domstolen ved aktsomhetsvurderingen har en slik skreven aktsomhetsnorm å støtte vurderingen på, vil de normalt ta utgangspunkt i den og spørre hvorfor skadevolderen ikke har opptrådt i samsvar med gjeldende rett, og ikke som ved fravær av slik norm spørre hvordan vedkommende skulle ha opptrådt.⁷⁵

Opptreden i strid med skrevne adferdsnormer innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at en skade er uaktsomt voldt. Et culpaansvar forutsetter uansett at skadevolderen skulle og kunne handlet annerledes.⁷⁶

§ 3-5 oppstiller en handleplikt for styremedlemmene i to ulike situasjoner: når egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, og når den er over, men anses uforsvarlig. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg tilfeller hvor et selskap påføres tap alene av den grunn at selskapets egenkapital utgjør mindre enn halvparten av

⁷² For mer inngående drøftelse, se Aarum s. 331-348.

⁷³ Aarum s. 311.

⁷⁴ Mack Løvdal Tff s. 550.

⁷⁵ Mack Løvdal Tff s. 550, Hagstrøm s. 25-26.

⁷⁶ Hagstrøm s. 27.

aksjekapitalen. Normalt vil slike tap kun oppstå dersom egenkapitalen også er uforsvarlig lav.

4.2.3.2 Egenkapital er over halvparten av aksjekapitalen

Dersom styremedlemmene fortsetter driften av et selskap der egenkapitalnivået er blitt uforsvarlig lavt uten å oppfylle de handlepliktene som § 3-5 pålegger dem, vil som drøftelsen nedenfor vil vise dette ofte kunne være uaktsomt. Et annet spørsmål er hvorvidt det også er uaktsomt å drive et selskap videre uten å oppfylle handlepliktene i et tilfelle hvor selskapets egenkapital må anses forsvarlig, men er kommet under halve aksjekapitalen.

Selv om valget av egenkapital over halve aksjekapitalen kan synes som et noe vilkårlig kriterium, innebærer den etter ordlyden en klar forpliktelse for styremedlemmene. Avgjørende for uaktsomhetsvurderingen vil først og fremst være risikovurderingen. Den generelle risikoen ved og omfanget av virksomheten vil også her være utgangspunktet for vurderingen. Selve det forhold at selskapet opererer med et egenkapitalnivå under halve aksjekapitalen kan ikke i seg selv innebære at det foreligger tiltrekkelig høy risiko for tap. Kravet til ansvarsgrunnlag kan derfor neppe sies å være oppfylt i slike tilfeller forutsatt at selskapet har en forsvarlig egenkapital.⁷⁷

4.2.3.3 Aktsomhetsvurderingen ved de ulike pliktene

En tilsidesettelse av klart definerte plikter vil generelt være gjenstand for en relativt streng culpabedømmelse.⁷⁸ I § 3-5 finner man som vist ovenfor under presentasjonen av de selskapsrettslige normene både presise og mindre presise reguleringer. Både fastsettelsen av den reelle egenkapitalen og selve forsvarlighetsvurderingen er skjønnsbestemmelser uten presiserte holdepunkter for de vurderingene som styremedlemmene må foreta i den forbindelse. Dette gjelder også spørsmålet om hvilke tiltak som kan foreslås og iverksettes,

⁷⁷ Mack Løvdal Tff s. 551.

⁷⁸ Berg og Bo Langsted s. 183.

og også når styret skal foreslå selskapet oppløst. Relativt presise handleplikter finner man derimot både ved saksbehandlingsplikten, innkallellesplikten og redegjørelsesplikten. Den ulike graden av presisering av pliktene får betydning for aktsomhetsvurderingen. I vurderingen av kravet til forsvarlig egenkapital og valg av tiltak vil styret ha en større skjønnsmessig frihet enn hva som er tilfellet ved de mer presist angitte pliktene.⁷⁹

4.2.3.3.1 Saksbehandlingsplikten

Når man her skal vurdere hvorvidt styremedlemmene opptrådte aktsomt ved saksbehandlingen, blir momentene de samme som ved vurderingen av saksbehandlingen i § 3-4-situasjonene, se pkt. 4.2.2.4. Imidlertid vil disse momentene kunne få ulik vekt i vurderingen alt ettersom hvilken økonomisk situasjon som selskapet befinner seg i. Jo dårligere økonomi selskapet har, jo strengere blir kravet til styremedlemmenes aktsomhet ved saksbehandlingen.⁸⁰

4.2.3.3.2 Innkallings- og redegjørelsesplikt

Ved vurderingen av om innkallingsplikten og redegjørelsesplikten har blitt uaktsomt overtrådt av styremedlemmene, vil det for en stor del være de samme hensyn og momenter som ligger til grunn. Det er derfor hensiktsmessig å behandle disse under ett i dette punktet.

Også her må minstekravet til tilknytning, skaderisiko og en effektiv alternativ handlemåte oppfylles, men utover dette er det vanskelig å oppstille noe utgangspunkt for når styret skulle vært innkalt og hva det skulle vært redegjort for. Disse spørsmålene må vurderes konkret i forhold til den aktuelle skade og den enkelte skadelidte.

Styremedlemmene må i sine vurderinger foreta avveininger mellom ulike interesser. Kreditorer, aksjonærer, ledelse og ansatte kan alle ha sine motstridende interesser i de beslutninger som skal tas på selskapets vegne, og i teorien har Werlauff på bakgrunn av

⁷⁹ Mack Løvdal Tff s. 552.

⁸⁰ Mack Løvdal Tff s. 552.

praksis fra dansk høyesterett argumentert for at styret må ha en vid skjønnsmargin ved avveiningen av slike motstridende interesser.⁸¹

Når det gjelder spørsmålet om skaderisikoens størrelse vil dette avhenge både av selskapets kapitalgrunnlag og hvilke tiltak styret allerede har satt i verk for å bringe selskapet ut av den situasjonen som har utløst handleplikten. Det vil normalt foreligge en tilstrekkelig skaderisiko hvis egenkapitalen vurderes som uforsvarlig. Som omtalt ovenfor vil det derimot ikke være tilfelle i en situasjon hvor egenkapitalen er under halvparten av aksjekapitalen, men likevel vurderes som forsvarelig.⁸²

Når man skal vurdere om de tiltak som styret har iverksatt har redusert skaderisikoen til under minstekravet, må man se på hvilken virkning som tiltakene må antas å ha og vurdere dette opp mot sannsynligheten for at virkningen skal inntre.

Det vil være et minstekrav for å kunne pålegge ansvar at innkallingen og redegjørelsen for generalforsamlingen ville ha hindret den skade som styremedlemmene har forårsaket. En må altså vurdere om generalforsamlingen ville og kunne ha vedtatt slike tiltak som ville hindret det tapet som senere oppsto. Slike hypotetiske handlingsscenarier vil det ofte være vanskelig å kunne si noe sikkert om. I tilfeller hvor generalforsamlingen for eksempel ved en rekke anledninger har gitt klare signaler om at de ikke under noen omstendighet vil vedta noen emisjon eller oppløsning av selskapet, og dette ville vært de eneste handlingsalternativer for å hindre den skade som ble påført selskapet, er det argumentert for at det normalt ikke vil være uaktsomt å ikke innkalle generalforsamlingen.⁸³ Jeg mener imidlertid gode grunner kan tale for å innkalle generalforsamlingen også i disse tilfellene. Styret forvalter selskapet på aksjonærenes vegne, og disse bør gis tilstrekkelig informasjon om selskapets tilstand til at de har mulighet til å vurdere og treffe tiltak for å rette opp i en vanskelig økonomisk situasjon. At aksjonærene tidligere har gitt uttrykk for at enkelte tiltak aldri vil være aktuelle, innebærer ikke nødvendigvis at enkelte av dem ikke kan endre standpunkt dersom alternativet er at selskapet går under. Med mindre det skulle foreligge særlige omstendigheter som gjør det spesielt vanskelig eller upraktisk for styret å innkalle

⁸¹ Werlauff s. 31-32.

⁸² Mack Løvdal Tff s. 552-553.

⁸³ Mack Løvdal Tff s. 553.

generalforsamlingen, kan jeg ikke se noen tungtveiende grunner til at styret skal kunne unnlate en slik innkalling.

4.2.3.3.3 Plikt til å foreslå og iverksette tiltak

Som ved tilsvarende vurdering under behandlingen av § 3-4 må man også her skille mellom tilfeller hvor tiltak ikke er iverksatt når de burde, og tilfeller hvor feil tiltak ble iverksatt. Aktsomhetskravet vil som nevnt være strengere når man vurderer om tiltak burde vært iverksatt enn når man vurderer de tiltakene som faktisk ble iverksatt og i ettertid har vist seg å være feilslåtte. I enkelte tilfeller kan manglende iverksettelse av tiltak skyldes at styremedlemmene etter en forretningsmessig vurdering valgte å satse på at konjunkturrendringer ville reparere situasjonen uten at det var nødvendig å gripe inn. Aktsomhetsvurderingen må da bli som ved andre forretningsmessige avgjørelser, men det antas at styremedlemmene i slike tilfeller må sannsynliggjøre at det er forretningsmessige vurderinger som ligger til grunn for den manglende iverksettelsen av tiltak.⁸⁴ I den forbindelse vil styreprotokollene være viktige bevismidler.

4.2.3.3.4 Plikt til å foreslå oppløsning

Det er etter ordlyden i bestemmelsen som nevnt to ulike situasjoner hvor styret må foreslå selskapet oppløst. For det første vil det være tilfellet ”dersom styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd”, altså tiltak for å bringe egenkapitalen til et forsvarlig nivå igjen. For det annet må de foreslå oppløsning dersom slike tiltak ikke lar seg gjennomføre.

Når det gjelder risikovurderingen under dette punktet, antas det at det i de fleste situasjoner hvor situasjonen er så alvorlig at styret skulle foreslått selskapet oppløst, vil risikoen for tap være så stor at minstekravet til risiko er oppfylt.

Det må videre vurderes om et forslag fra styret om å oppløse selskapet ville hindret skaden; altså om generalforsamlingen ville ha vedtatt oppløsning og at oppløsning ville

⁸⁴ Mack Løvdal Tff s. 553.

hindret tapet. Det er argumentert for at gode reelle hensyn taler for å oppstille en presumsjon for at generalforsamlingen vil vedta oppløsning i en slik presset situasjon.⁸⁵ En slik presumsjon innebærer at det påhviler styremedlemmene å bevise at generalforsamlingen ikke ville oppløst selskapet. Vurderingen av om oppløsningen så ville hindret det tapet som oppsto, reiser også utfordringer. Tap som allerede hadde oppstått på det aktuelle tidspunktet vil klart nok ikke være gjenstand for erstatning fordi det her ikke vil foreligge årsakssammenheng mellom tapet og styremedlemmenes pliktforsømmelse. For tap som oppstår etter dette tidspunktet vil man også måtte skille ut tap som ville oppstått også om selskapet hadde blitt foreslått og besluttet oppløst på det aktuelle tidspunkt. Slike tap vil heller ikke være noe styremedlemmene kan være forpliktet til å erstatte.

4.2.3.3.5 Tilsynsplikten

Som allerede nevnt påhviler det styremedlemmene et ansvar for å skaffe seg slik informasjon som kreves for å oppfylle pliktene etter §§ 3-4 og 3-5. Dette gjør det nødvendig å føre et løpende tilsyn med den økonomiske situasjonen i selskapet, og det er naturlig at dette gjøres ved at det etableres en rapporteringsordning hvor selskapets administrasjon sørger for å bringe informasjon til styrenivå. Styremedlemmene må sørge for at de rapporteringsrutiner som finnes er tilstrekkelig effektive til å gi dem den informasjon de trenger.

De plikter også å sørge for at revisor baserer sine vurderinger på et korrekt faktisk grunnlag, og de må sørge for at også denne gjennom tilfredsstillende rapportering mottar all den informasjon som er relevant for hans vurderinger. Da vil i utgangspunktet tilsynsplikten være oppfylt. Dersom det imidlertid foreligger grunn til å tro at revisor mottar mangelfull eller ukorrekt informasjon, vil det etter omstendighetene kunne pålegge styremedlemmene en plikt til å føre et grundigere tilsyn med at revisor mottar tilstrekkelige og riktige opplysninger fra administrasjonen.⁸⁶

⁸⁵ Mack Løvdal Tff s. 554.

⁸⁶ Mack Løvdal Tff s. 554.

Et tredje element i tilsynsplikten er at styremedlemmene må følge opp de beslutningene som de fatter i henhold til pliktene som §§ 3-4 og 3-5 oppstiller. Det relevante spørsmål i forbindelse med aktsomhetsvurderingen blir i hvilken utstrekning de må følge opp den praktiske gjennomføringen av sine egne vedtak. Sakens viktighet for selskapet blir sentralt, og dette vurderes ut ifra hvilken risiko for skade som er tilknyttet en manglende gjennomføring og hvor stort selskapet er. I små og oversiktlige selskaper bør man normalt kunne forvente at styremedlemmene følger opp gjennomføringen av beslutningene de har tatt. I større selskaper kan man ikke forlange en like detaljert oppfølging, men også her må styremedlemmene følge opp forhold som har stor betydning for selskapet og hvor skadepotensialet er stort. Dersom styret for eksempel har besluttet å effektivisere driften og foreta forhandlinger med kreditorer for endre kredittvilkår, har styremedlemmene et ansvar for å følge opp dette hos de som gjennomføringen er delegert til.⁸⁷

Også styremedlemmenes aktsomhetsplikt i forbindelse med tilsynsplikten kan generelt sies å skjerpes jo dårligere selskapets økonomi er og jo høyere risiko det er for tap. En skjerpet aktsomhet vil først og fremst innebære at selskapets økonomiske situasjon bør vurderes hyppigere og grundigere.

Når det gjelder tålegrensen for risiko i forbindelse med tilsynsplikten har man i amerikansk rett som tidligere omtalt en "business judgement rule" hvor kun de såkalte "informed decisions" blir vurdert ut ifra den relativt høye tålegrensen som forretningsmessige avgjørelser har.⁸⁸ En lignende tankegang vil man ha også etter norsk rett.⁸⁹ Dersom sviktende tilsyn fra styremedlemmene er årsaken til dårlige eller manglende forvaltningsmessige avgjørelser vil de lettere kunne bli holdt erstatningsansvarlige enn i de tilfellene hvor disse avgjørelsene bare var et utslag av dårlig forretningsmessig skjønn.⁹⁰

⁸⁷ Mack Løvdaal Tff s. 555.

⁸⁸ Aarum s. 328.

⁸⁹ Aarum s. 312.

⁹⁰ Aarum s. 195.

4.2.4 Særlig om uforsvarlig lav egenkapital ved stiftelsen

Ifølge lovforarbeidene vil den omstendighet at selskapet befinner seg i en oppstartingsfase tilsi at selskapet har en noe lenger frist på seg til å innkalle generalforsamlingen.⁹¹ Her vil situasjonen ofte være den at man har hatt store utgifter ved etableringen i forbindelse med innarbeidelse på markedet o.l., mens inntektene først vil komme noe tid etter at virksomhetene har kommet i gang. En umiddelbar plikt til å foreslå tiltak eller selskapet oppløst i et slik tilfelle ville skape dårlige vekstvilkår for nystartede selskaper, med de samfunnsmessige konsekvenser det ville innebære. Dette må også tas i betraktning i forbindelse med vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig slik at man godtar en objektivt sett svakere økonomisk stilling for nystiftede selskaper enn for selskaper som er i en normal driftsfase. For slike nye selskaper i etableringsfasen eller i en ekspansiv fase må det tas stilling til om virksomheten utvikler seg i samsvar med de planer og budsjetter som er lagt opp med tanke på en sunn økonomisk utvikling i selskapet.⁹²

Ved vurderingen av hva som er forsvarlig egenkapital for et nystiftet selskap, vil det kanskje foreløpig være lite virksomhet å ta utgangspunkt i når man skal vurdere risiko og omfang slik § 3-5 krever. Det vil da være naturlig å se på blant annet hva som er selskapets vedtektsfestede virksomhet, jfr asl § 2-2 (I) nr.3, asal nr. 4, hvilke avtaler eller intensjonsavtaler det har inngått og hvilke utgifter som er nødvendige for at virksomheten skal komme i gang. En kan som et eksempel tenke seg et nystartet teleselskap som for å kunne drive sin virksomhet er avhengig av å kjøpe lisenser som er svært kostbare. Her vil man blant annet måtte avgjøre om man kan vurdere egenkapitalen kun ut fra den virksomhet og de utgifter selskapet har i oppstartingsfasen eller om man må legge til grunn den virksomhet og de utgifter som skal komme og som er en forutsetning for at selskapet overhodet skal få inntekter. Det foreligger foreløpig lite rettspraksis som gir noen veiledning for løsningen av dette spørsmålet, men Bråthen fremholder som tidligere nevnt at virksomheter som ekspanderer må bygge opp egenkapitalen planmessig. Dette utgangspunktet må kunne gjelde også for de nystiftede aksjeselskaper.⁹³

⁹¹ NOU 1996: 3 s. 146.

⁹² Bråthen s. 114.

⁹³ Bråthen s. 115

4.3 Culpavurderingens subjektive del

4.3.1 Innledning

Utgangspunktet er at culpanormen er objektiv og i prinsippet uavhengig av subjektive forhold hos skadelidte. Ved vurderingen av styremedlemmers ansvar, er de subjektive kravene strengere.⁹⁴ Den store hovedregel må være at man skal si nei til å påta seg vervet dersom man ikke har de nødvendige kvalifikasjonene. Et styremedlem kan derfor normalt ikke unnskyldes seg med at han eller hun ikke hadde forutsetninger for å foreta en forsvarlig vurdering av et vedtak. Profesjonsansvaret innebærer generelt at avvik fra den forsvarlige yrkesutøvelse betinger ansvar. Rettslige standarder som er nedfelt i ”god skikk” og anerkjent praksis innenfor vedkommende profesjon vil få betydning. Utgangspunktet er at dersom det er gitt særlige lover eller forskrifter på området, vil brudd på disse normalt medføre ansvar.⁹⁵ Ved vurderingen av om ansvar skal ilegges, vil de forventninger som bør stilles til yrkesutøveren være det sentrale vurderingstema. Dette fremkommer blant annet i de to dommene Rt 1988 s. 7, ”Meglerdommen”, og Rt 1989 s. 1318 ”Testamentdommen”.⁹⁶ For styremedlemmer vil bildet være noe mer sammensatt. Lødrup fremholder at i et aksjeselskap har styret ofte plikt til å ta risiko for å oppnå fortjeneste, og om det i stedet blir tap, vil ikke det automatisk utløse ansvar.⁹⁷

Vurderingen vil kunne være noe forskjellig ettersom det er selskapet eller en tredjemann som lider tap. For denne oppgavens problemstilling vil det være selskapets tap som er det relevante. Gode grunner kan tale for at ansvaret for tap selskapet lider kan være noe mindre strengt enn ved kreditortap. Selskapet ved generalforsamlingen velger selv sine forvaltere og har adgang til å få disse fjernet dersom de ikke utfører sine plikter på en tilfredsstillende måte, enten fordi de viser seg å mangle de nødvendige kvalifikasjonene eller fordi de av andre grunner ikke utviser den nødvendige omsorgsplikt for selskapet.

⁹⁴ Lødrup s. 154.

⁹⁵ Lødrup s. 281.

⁹⁶ Lødrup s. 283.

⁹⁷ Lødrup s. 282.

Et styremedlem kan være valgt som mer eller mindre formell representant for andre interesser enn aksjeeierne som kollektiv. Han kan for eksempel være representant for de ansatte, en kreditor eller staten. I seg selv kan ikke bakgrunnen for valget tillegges vekt ved uaktsomhetsvurderingen.⁹⁸ Det enkelte styremedlemmet må imidlertid vurderes ut fra den posisjon han har i styret med hensyn til informasjonstilgang. Typisk vil styreformannen være bedre informert enn de alminnelige styremedlemmene og særlig varamedlemmer som kun har deltatt på et fåtall møter.

Culpaansvaret forutsetter at skadevolderen, i dette tilfellet styremedlemmet, kunne og skulle handlet annerledes. Selv om styremedlemmet etter de vurderinger som foretas under culpanormens objektive side, har opptrådt uforsvarlig, kan han ikke holdes ansvarlig dersom han ikke har utvist forsett eller minimum simpel uaktsomhet. Problemstillingen blir i det følgende om styremedlemmet kan påberope seg noen unnskyldningsgrunn, og i den forbindelse kan det være hensiktsmessig å dele behandlingen i tre: faktisk villfarelse, rettslig villfarelse og skadevolderens individuelle forhold.⁹⁹

4.3.2 Faktisk villfarelse

Problemstillingen her er når styremedlemmenes uvitenhet om faktiske forhold som gjorde handlingen eller unnlatelsen rettsstridig, er unnskyldelig. Det er forholdene slik de fremsto på tidspunktet for den ansvarsbetingende handlingen eller unnlatelsen som må ligge til grunn for aktsomhetsvurderingen og ikke hvordan forholdene har utviklet seg i ettertid.¹⁰⁰

Som behandlet ovenfor har styremedlemmene en plikt til å skaffe seg tilstrekkelig og korrekt informasjon om selskapets økonomiske stilling, markedsforholdene i de relevante markeder og annen nødvendig informasjon. Dersom styremedlemmene handler i strid med §§ 3-4 og 3-5 fordi de ikke har oppfylt tilsynsplikten, vil dette aldri være unnskyldelig. Dersom de oppfyller sin tilsynsplikt, men allikevel er i faktisk villfarelse, vil dette normalt

⁹⁸ Aarbakke m.fl s. 946.

⁹⁹ Mack Løvdal Tff s. 558.

¹⁰⁰ Rt. 1991 s. 119 og Aarum s. 228.

være unnskyldelig.¹⁰¹ Normalt vil tilsynsplikten være oppfylt hvis styremedlemmene har sørget for å etablere rapporteringsrutiner som vil kunne gi dem tilstrekkelig informasjon til at de kan oppfylle pliktene etter §§ 3-4 og 3-5. Kvaliteten på disse rutinene er altså sentrale. Dersom rapportene styremedlemmene mottar skulle være utilstrekkelige, ufullstendige eller uriktige, vil ikke tilsynsplikten være oppfylt dersom de burde ha fattet mistanke om dette. Kvalitativt gode rutiner som skulle ha gode forutsetninger for å tilveiebringe den relevante informasjon vil styremedlemmene ofte ikke ha grunn til å fatte mistanke til, og gode grunner taler for at en faktisk villfarelse på et slikt grunnlag vil være unnskyldelig.

Styremedlemmene må selv sette seg inn i og vurdere om selskapets egenkapital er forsvarlig og kan ikke kun basere seg på daglig leder og revisors konklusjoner.¹⁰² Et eksempel på at erstatningsansvar ble ilagt etter dagjeldende asl § 15-1 finner man i RG 1994 s. 1135 Gulating hvor en styreformann ble dømt til å betale erstatning. Retten uttalte:

”Milde må ha forstått at selskapet var i en meget vanskelig økonomisk situasjon og at det ikke forelå omstendigheter som tilsa noen positiv endring av situasjonen. Han kan ikke høres med at han på grunn av manglende regnskapsinnsikt ikke forsto selskapets svake økonomiske situasjon, og han kan heller ikke høres med at selskapets revisor mente det var grunnlag for fortsatt drift. I egenskap av styreformann og daglig leder har han plikt til i nødvendig grad å sette seg inn i selskapets regnskaper. Han har også plikt til å vurdere selskapets økonomiske utvikling uavhengig av revisor.”

Styreformannens anførsel om frifinnelse for unnskyldelig faktisk villfarelse ble altså ikke tatt til følge av retten.

4.3.3 Rettslig villfarelse

Problemstillingen under dette punktet er hvorvidt det er unnskyldelig at styremedlemmene ikke kjenner til den norm som gjør deres handlinger eller unnlaterse rettstridige.

¹⁰¹ Mack Løvdal TtF s. 559.

¹⁰² Mack Løvdal TtF s. 559.

Etter norsk rett er som utgangspunkt slik rettslig villfarelse ikke unnskyldelig. Aksjeloven er helt sentral for det arbeidet styremedlemmene skal utføre i sitt verv og de må forventes å ha kunnskap om innholdet i disse bestemmelsene.¹⁰³

Spørsmålet blir i det videre om dette utgangspunktet kan fravikes dersom den norm som er brutt er skjønnsmessig og uklar. Aarum argumenterer for at det kan finnes en slik mulighet til å fravike utgangspunktet og anse villfarelsen unnskyldelig. Særlig kan dette være aktuelt på områder hvor det ikke foreligger rettspraksis og flere tolkningsalternativer fremstår som fornuftige.¹⁰⁴ Dotevall er derimot av den oppfatning at en slik uklar regel ikke vil være noen unnskyldningsgrunn, men at den er et mulig grunnlag for lemping av ansvaret.¹⁰⁵ Særlig § 3-4 må kunne sies å være en regel med et heller uklart innhold. Høyesterett har ennå ikke behandlet kravet til at selskapet skal ha en forsvarlig egenkapital og for det tilfelle at rettslig villfarelse kan anses unnskyldelig i særlige tilfeller, vil brudd på dette kravet kunne være en aktuell unnskyldelsesgrunn.¹⁰⁶

Det må i alle tilfelle stilles krav til den rettslige villfarelsen. Dersom styremedlemmene er i tvil om reglene på det rettsområdet de arbeider innenfor, bør de innhente råd fra eksperter. Hvis styret gjør dette og altså baserer sin rettslige forståelse på råd fra aktsomt utvalgt juridisk ekspertise, må dette kunne påberopes som en relevant unnskyldningsgrunn. I disse tilfellene vil styremedlemmene ofte ikke kunne foreta seg så mye mer for å bringe rettstilstanden på det rene, og de mangler gjerne nødvendig kunnskap for å kunne vurdere og overprøve ekspertuttalelsene. Men skulle styremedlemmene av en eller annen årsak få grunn til å tvile på rådene de har mottatt, må de naturligvis reagere.¹⁰⁷ Det er bare i situasjoner hvor det kreves en øyeblikkelig avgjørelse at man kan tenke seg at det vil være unnskyldelig for styremedlemmene å handle selv om de er i tvil om rettstilstanden på området.¹⁰⁸

¹⁰³ Dotevall s. 58, Aarum s. 230.

¹⁰⁴ Aarum s. 230.

¹⁰⁵ Dotevall s. 61.

¹⁰⁶ Mack Løvdal TfF s. 560.

¹⁰⁷ Aarum s. 230-231.

¹⁰⁸ Mack Løvdal TfF s. 560, Dotevall s. 61.

4.3.4 Skadevolders individuelle forhold

Under dette punktet er problemstillingen om individuelle forhold ved styremedlemmet kan gjøre handlingene eller unnlatelsene unnskyldelige. Særlige forhold ved styremedlemmet kan gjøre at vedkommende ikke visste eller burde visst at faktiske eller rettslige forhold gjorde at dets handlinger eller unnlatelser var rettsstridige.

4.3.4.1 Sykdom mv

Eksempler på slike individuelle forhold kan være sykdom, hardt arbeidspress og nervøsitet. Normalt er ikke slike forhold unnskyldelige.¹⁰⁹ Imidlertid kan unntak tenkes i situasjoner som er meget alvorlige og akutte. I NJA 1983 s. 441 hadde styremedlemmet pådratt seg livstruende skader i en ulykke og mistet bevisstheten over lengre tid. Disse individuelle forholdene ble ansett å være en relevant unnskyldningsgrunn. Forholdet synes imidlertid noe spesielt siden man vel sjelden vil fortsette å fungere som styremedlem dersom man er bevisstløs over en lengre periode.

I en annen dom i RG 1994 s. 145 Eidsivating frikjennes et styremedlem på grunnlag av alvorlig sykdom. En kunde som hadde lidt tap etter at et aksjeselskap hadde innstilt betalingene, saksøkte blant annet et av styremedlemmene jfr dagjeldende aksjelov § 15-1. Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at vedkommende var så svekket psykisk og fysisk at ansvar ikke kunne gjøres gjeldende. Sykdommen hadde svekket ham så fullstendig at han heller ikke maktet å si fra seg vervet. Retten presiserte først det klare utgangspunktet for slike vurderinger:

”Culpanormen er i utgangspunktet objektiv, og den som påtar seg verv som styremedlem i et aksjeselskap må finne seg i å bli bedømt ut fra de krav som stilles til den rolle. Han kan derfor normalt ikke høres med at han ikke maktet å sette seg inn i selskapets drift for å

¹⁰⁹ Aarum s. 221, Dotevall s. 56-57.

vurdere om fortsatt drift er forsvarlig. Den som forstår at han ikke kan oppfylle sin rolle som styremedlem, vil få plikt til å tre ut slik at kompetente personer kan overta.”

Men dette klare utgangspunktet kunne likevel ikke være uten unntak. Retten fortsatte:

”Dette utgangspunkt gjelder også ved sykdom. Men lagmannsretten er kommet til at Fremme i 1988 og 1989 var i en slik psykisk nedbrutt tilstand at han var ute av stand til å ta noe som helst initiativ overfor sin bror. Han hadde ikke evne til å ta kontakt med andre personer eller sette seg inn i et saksforhold. På toppen av dette fikk han slag i januar 1989. Når han likevel ble valgt inn som styremedlem i februar 1989, må det nærmest være pro forma fra brorens side som trengte et navn på papiret inntil han kunne finne Fremmes erstatter. Og Fremme var for svak, psykisk og fysisk, til å sette seg imot gjenvalget. Selv om det skal meget til for at et styremedlem som ikke makter sin oppgave, skal bli fri for ansvar hvis han ikke trer ut, er lagmannsretten ut fra bevisføringen i denne sak, legeerklæring, vitnene og Fremmes opptreden under hovedforhandlingen, kommet til at han ut fra sine forutsetninger ikke kan ilegges ansvar.”

Selv om styremedlemmet i den ovennevnte saken ble frifunnet, etterlater dommen liten tvil om at det likevel skal mye til for å frifinne et styremedlem på grunnlag av sykdom.

4.3.4.2 Faglige kvalifikasjoner

Dersom styremedlemmet ikke besitter de tilstrekkelige faglige kvalifikasjonene vil dette normalt ikke være noen unnskyldningsgrunn.¹¹⁰ I dette ligger at det eksisterer et minstekrav til styremedlemmenes kvalifikasjoner, og den som påtar seg et slik verv blir selv ansvarlig dersom han ikke besitter slike. Dette er kommet til uttrykk i rettspraksis i RG 1994 s.1135 Gulating hvor retten uttalte om styreformannen: ”Han kan ikke høres med at han på grunn av manglende regnskapsinnsikt ikke forsto selskapets svake økonomiske situasjon..”

¹¹⁰ Mack Løvdaal TfF s. 561.

Det kreves ingen spesialkunnskap for å bli styremedlem dersom man ikke er spesielt utnevnt på grunnlag av å være ekspert på et område. Men det kreves at man har evnen til å sette seg inn i selskapets virksomhet.¹¹¹

Det er mulig det klare utgangspunktet om at manglende faglige kvalifikasjoner ikke er unnskyldningsgrunn i enkelte tilfeller kan fravikes. Det hender mennesker fordi de av særlige årsaker anses verdifulle for selskapet velges inn i styret på tross av at de mangler faglige kvalifikasjoner eller ikke har tid til å følge opp sitt verv. Slike særlige årsaker kan være at de har et stort og verdifullt nettverk, spisskompetanse på et felt hvor det kan være aktuelt for et selskap å investere eller at de er mennesker som kan skape mye god PR for selskapet. I slike tilfeller vil det ut fra aksept av risikobetraktninger kunne være at styremedlemmets erstatningsansvar overfor selskapet bortfaller eller reduseres.¹¹²

Spesielle kvalifikasjoner generelt eller særlige kvalifikasjoner i de enkelte situasjoner kan virke skjerpende på ansvaret. For eksempel vil et styremedlem som er ansatt i selskapet bedømmes strengere i forhold til saker som hører inn under hans arbeidsområde i selskapet. Den som til daglig er involvert i arbeid med selskapets økonomi vil man kunne forvente at har større kunnskap om den økonomiske situasjon og om regnskapsrutiner.

Selskapets styreformann har en plikt etter aksjeloven til å innkalle til styremøter så ofte som dette anses nødvendig, og derfor er det naturlig å kreve større innsikt i forholdene i selskapet av ham enn av de øvrige styremedlemmene.¹¹³

Dersom styremedlemmet er spesialist på et særskilt område, for eksempel økonom eller jurist, kan dette medføre en skjerpet ansvarsvurdering for styremedlemmet innenfor denne type saker.¹¹⁴

¹¹¹ Dotevall s. 57-58.

¹¹² Mack Løvdal TtF s. 561.

¹¹³ Mack Løvdal TtF s. 562.

¹¹⁴ Aarum s. 225-226, Dotevall s. 59 og 66.

5 Endret culpanorm etter innføringen av §§ 3-4 og 3-5?

I dette punktet behandles spørsmålet om styremedlemmenes ansvar må anses å være skjerpet etter innføringen av aksjelovens bestemmelser i §§ 3-4 og 3-5. Innledningsvis vil jeg gi et kort sammendrag av uttalelser i forarbeidene som adresserer spørsmålet, før jeg så drøfter spørsmålet i forhold til culpanormens objektive og subjektive side.

5.1 Forarbeidsuttalelser

Som nevnt innledningsvis foreligger dobbelt sett med forarbeider til aksjelovene. Jeg vil i dette avsnittet redegjøre for sentrale uttalelser som har kommet til uttrykk gjennom disse når det gjelder spørsmålet om hvor strengt erstatningsansvaret for styremedlemmer skal være etter innføringen av §§ 3-4 og 3-5.

Aarbakkeutvalgets innstilling NOU 92: 29 inneholder flere uttalelser som kan belyse den problemstilling som denne oppgaven reiser. På s. 38 heter det om bestemmelsen tilsvarende den endelige lovens § 3-4:

”Bestemmelsen konkretiserer og skjerper ledelsens plikt til å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapitaldekning, og vil blant annet ha betydning ved aktsomhetsbedømmelsen etter erstatningsregelen i utkastet § 16-1 som avløser gjeldende § 15-1.”(endelig bestemmelse § 17-1)

I tilknytning til ansvarsregelen, senere § 17-1, heter det på s. 211:

”..til tross for at selve ansvarsregelen i utkastet § 16-1 ikke er endret i forhold til gjeldende lov, vil ansvarsregelen ventelig få større betydning i fremtiden som en følge av at styrets plikter i flere henseender er foreslått utvidet og presisert andre steder i utkastet. Som

eksempler kan nevnes forslaget om at styret skal utarbeide en mellombalanse hvis det er grunn til å tro at selskapets egenkapital er mindre enn halve aksjekapitalen, jf utkastet § 3-4..”

Forslaget om å opprette en egenbalanse i det angitte tilfellet ble ikke tatt til følge, men andre av styrets plikter ble presisert og konkretisert i den endelige loven.

I Ot. Prp nr 36 (1993-94) s. 68 fremholdes videre om presiseringenes betydning:

”videre vil en slik betoning av at det er en del av ledelsens plikter å sørge for at selskapet har en forsvarlig egenkapital, trolig gjøre det enklere å vinne frem mot ledelsen dersom ledelsen....ikke løser disse oppgavene på en forsvarlig måte.”

Denne uttalelsen gjentas og gis tilslutning også i Ot. prp nr 23 (1996-97) pkt. 5.9.4. Synet kommer også til uttrykk i Selvig-utvalgets innstilling NOU 96: 3 s. 197 hvor det uttales at styreansvaret vil kunne få større betydning fordi styrets plikter er utvidet og presisert.

De fleste av disse uttalelsene er kommet i forbindelse med lovgivers uttrykte ønske om å styrke kreditorbeskyttelsen og er altså ikke direkte knyttet opp mot tilfeller der det er selskapet som er den skadelidte. Vekten av disse uttalelsene vil dermed kunne bli en noe annen for en slik vurdering.

5.2 Har innføringen av §§ 3-4, 3-5 og den underliggende tilsynsplikten medført en skjørpelse av aktsomhetsvurderingens objektive side?

5.2.1 Innledning

Da §§ 3-4 og 3-5 ble innført endret man ikke med det selve vurderingstemaet i den culperegelen som brudd skal vurderes etter i henhold til § 17-1. Erstatningsansvar forutsetter fortsatt at styremedlemmene har opptrådt uaktsomt ved overtredelsen av bestemmelsene. Det er imidlertid ikke nødvendig å skjerpe ansvarsregelen for å skjerpe styremedlemmenes erstatningsansvar. Det er innenfor culperegelen et vidt spillerom for

hvor streng aktsomhetsvurderingen skal være, og det må spørres om dette aktsomhetskravet ble skjerpet ved innføringen av §§ 3-4 og 3-5.

Det er hovedsakelig tre måter man kan skjerpe et slikt culpaansvar på. Man kan utvide oppgavene som tilligger styret, man endre bevisbyrden og man kan foreta en generelt strengere bedømmelse av styremedlemmenes forhold.¹¹⁵ Disse vurderes i det følgende.

5.2.2 Utvidelse av styrets oppgaver

I henhold til § 3-4 må selskapet ha en egenkapital som kan karakteriseres som forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten. For å kunne si at innføringen av denne bestemmelsen skal innebære noen utvidelse av styrets oppgaver, må man bringe på det rene hva som allerede fulgte av ulovfestet rett på dette området.

Størrelsen på minstekravet til selskapets aksjekapital blir drøftet i forarbeidene til vår gamle aksjelov av 1976:

”Det følger av det som allerede er påpekt, at selv om loven tillater en forholdsvis lav minstekapital, vil det ikke alltid være forsvarlig å drive selskapet, med så lav kapital. Dersom uforsvarlig finansiering fører til at kreditorer og andre blir påført tap, vil styret kunne bli ansvarlig for tapet.”¹¹⁶

Videre uttaler Høyesterett i den såkalte Minnor-dommen, Rt 1996 s. 742, at ”styret har ansvar for å sørge for en forsvarlig finansiering av selskapet, herunder også vurdere om det er grunnlag for å oppta lån.”

Av disse sitatene fremgår det at det allerede før innføringen av aksjelovens § 3-4 forelå en plikt for styremedlemmene til å sørge for at et selskap ble drevet med et forsvarlig kapitalgrunnlag. De siterte uttalelsene gir ingen presise kriterier eller momenter for den forsvarlighetsvurderingen som styremedlemmene må foreta, men som vist foran er heller ikke § 3-4 spesielt klar eller presis på dette punktet, og den oppstiller ingen uttrykkelige

¹¹⁵ Berg og Bo Langsted s. 183.

¹¹⁶ Ot. prp nr 19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper s. 16.

plikter for styremedlemmene. Det er av disse grunner vanskelig å se at innføringen av § 3-4 kan ha medført noen nye plikter for styremedlemmene.¹¹⁷

§ 3-5 oppstiller derimot handleplikter for styremedlemmene i situasjoner hvor egenkapitalnivået har kommet ned på et uforsvarlig nivå. Som behandlet tidligere er disse pliktene presisert i ulik grad og inneholder elementer av skjønn, men de må likevel kunne sies å innebære en presisering og utvidelse av hva handlepliktene innebærer og når de inntreffer. Selve handlepliktene etter § 3-5 er presise og etter ordlyden er de absolutte i en situasjon hvor egenkapitalen er uforsvarlig eller under halvparten av aksjekapitalen. Mens styremedlemmene tidligere etter den alminnelige forvaltningsplikten pliktet å gripe inn der det etter omstendighetene ble ansett å være nødvendig, vil de i de tilfellene hvor § 3-5 pålegger handleplikt automatisk være i en handlepliktsituasjon uavhengig av hva som tidligere ble ansett å være nødvendig.

Ytterligere et moment som taler for at aktsomhetskravet er skjerpet er at aktsomhetskravet helt generelt skjerpes jo mer presise pliktene er. Når § 3-5 som vist altså har presisert pliktene, følger en skjerping av aktsomhetskravet så å si med på lasset.¹¹⁸

Når det kommer til tilsynsplikten har styremedlemmene alltid hatt en slik plikt; de har også tidligere måttet følge opp selskapets likviditetssituasjon, men på bakgrunn av de hensyn som lå bak lovgivers innføring av §§ 3-4 og 3-5 kan det være grunn til å tro at disse kan ha medført at det under visse omstendigheter vil foreligge en plikt til å undersøke grundigere og hyppigere enn tidligere. På samme måte kan plikten til å følge opp de beslutningene som styremedlemmene har tatt i en handlepliktsituasjon, ha blitt skjerpet ved innføringen av § 3-5.

Med § 3-5 ble det innført to mål for styrets tilsyn. Styremedlemmene må sørge for at egenkapitalen er forsvarlig og at den er over halve aksjekapitalen. Dette innebærer i seg selv at ansvaret er skjerpet. Tidligere strakk plikten seg neppe lenger enn til å føre tilsyn med at selskapets økonomi var forsvarlig.¹¹⁹

¹¹⁷ Mack Løvdal TfF s. 556.

¹¹⁸ Mack Løvdal TfF s. 556.

¹¹⁹ Mack Løvdal TfF s. 557.

Et moment som trekker i motsatt retning av en ansvarsskjerpelse av tilsynsplikten er at revisorreglene ble skjerpet ved innføringen av våre nye aksjelover. På den måten kan ansvaret for å skaffe opplysninger om selskapets økonomiske situasjon kunne tenkes i en viss grad å være flyttet fra styremedlemmene til revisor.¹²⁰

5.2.3 Endret bevisbyrde

Det finnes ikke tilstrekkelige holdepunkter for å slå fast at §§ 3-4 og 3-5 innførte noen omvendt bevisbyrde. Det kan imidlertid spørres om dette kan være tilfellet i enkelte situasjoner.

Det foreligger foreløpig ikke rettspraksis som kan belyse dette spørsmålet. I forarbeidene gis det uttrykk for at det er et mål ”å gjøre det enklere” å gjøre ansvar mot styremedlemmer gjeldene.¹²¹ I tilfeller hvor det er svært vanskelig å bevise at for eksempel kravet til årsakssammenheng er oppfylt vil det på denne bakgrunn kunne tenkes at domstolene vil plassere bevisbyrden hos styremedlemmene slik at disse og ikke saksøkeren må bevise at kravet ikke er oppfylt.¹²²

Tilsvarende kan omvent bevisbyrde være aktuelt ved de subjektive unnskyldningsgrunnene. Dette vil i tilfelle arte seg på den måten at dersom den skadelidte kan påvise et objektivt brudd på de plikter styret har etter §§ 3-4 og 3-5, må styremedlemmene selv bevise at det foreligger en unnskyldningsgrunn som kan fritta dem for ansvar. Dette vil også være aktuelt ved vurderingen av om beslutninger eller mangel på sådanne bygger på forretningsmessig skjønn.

Protokollføring av styremedlemmenes vurderinger og drøftelser vil bli sentrale ved en slik omvendt bevisbyrde. Dersom styremedlemmene for eksempel ikke har iverksatt de tiltak de skulle fordi de påstår å ha manglet opplysninger eller fordi de etter en forretningsmessig vurdering har kommet til at det ikke var nødvendig, vil slik

¹²⁰ Berg og Bo Langsted s. 189.

¹²¹ Ot prp nr 23 (1996-97) s. 51 og s. 68.

¹²² Mack Løvdal TfF s. 557.

protokollføring langt på vei være det eneste bevismiddel styremedlemmene har for å underbygge sine påstander.¹²³

I hvilken utstrekning domstolene vil legge en slik omvendt bevisbyrde til grunn, er foreløpig ikke avklart. Lovgiverønsket om å gjøre det enklere å gjøre styremedlemmene erstatningsansvarlige trekker imidlertid i retning av en slik løsning. For en skadelidt vil det kunne være meget tungt å måtte føre bevis for at selskapets beslutninger ikke var bygget på forretningsmessig skjønn, og lovgiverønsket kan vanskelig oppfylles uten at bevisbyrden snus under omstendigheter hvor det ellers ville kunne være nærmest umulig å nå frem med et erstatningskrav.

5.2.4 Generelt strengere bedømmelse av styremedlemmenes forhold

I forarbeidene til aksjelovene er det en rekke steder uttrykt et ønske om å bedre kreditorbeskyttelsen ved å skjerpe styrets ansvar, og en slik lovgivervilje er et argument som vil veie tungt når aktsomhetsnormens strenghet skal vurderes. Tilsvarende klart uttrykt lovgiverønske finner man imidlertid ikke når det gjelder beskyttelsen av selskapet som skadelidt. Forarbeidene selv gir dermed få holdepunkter for å anta at ansvaret er skjerpet også i disse tilfellene. En tilsvarende skjerpelse også hvor selskapet er skadelidt må i tilfelle begrunnes med at de hensyn som ligger bak ønsket om økt kreditorbeskyttelse i enkelte situasjoner også vil kunne gjøre seg gjeldende ved spørsmålet om beskyttelse av selskapet.¹²⁴

¹²³ Mack Løvdal TtF s. 558.

¹²⁴ Mack Løvdal TtF s. 558

5.3 Har innføringen av §§ 3-4, 3-5 og den underliggende tilsynsplikten medført en skjerpelse av aktsomhetsvurderingens subjektive side?

Problemstillingen her er om innføringen av §§ 3-4 og 3-5 har gitt en snevrere adgang til å la faktisk og rettslig villfarelse og individuelle forhold være relevante unnskyldningsgrunner ved ansvarsvurderingen.

Det er vanskelig å fastslå noe sikkert om dette. Når det gjelder faktisk villfarelse kan mye tale for at det nå vil være enda vanskeligere å nå frem med dette. Når styremedlemmene i loven er pålagt å sørge for en forsvarlig egenkapital over halvparten av aksjekapitalen vil de dermed også pålegges en plikt til å følge med og innhente relevant informasjon slik at de kan oppfylle disse pliktene. Når plikten til å holde seg informert med dette kan sies å være skjerpet, vil den naturlige følgen være at det også skal mer til for å kunne unnskylde en faktisk villfarelse.

Hvorvidt en rettslig villfarelse skyldes uvitenhet om skreven eller ulovfestet rett, har tradisjonelt ikke hatt noen betydning for vurderingen av om den skulle være unnskyldelig.¹²⁵ Vurderingen tar imidlertid som vist foran noe hensyn til reglenes klarhet, og en lovfesting av tidligere ulovfestet rett vil ofte innebære at regelens innhold vil fremstå som klarere. Dette er også tilfellet for §§ 3-4 og 3-5, og dette kan ha ført til at det nå vil være enda vanskeligere å nå frem med en påstand om unnskyldelig rettslig villfarelse.

For individuelle forhold ved styremedlemmene er det vanskelig å se at innføringen av §§ 3-4 og 3-5 skal ha skjerpet culpanormens subjektive side. Bestemmelsene stiller ikke spesielle krav til styremedlemmens helse eller faglige kvalifikasjoner som normalt er de individuelle forhold det er aktuelt å påberope som unnskyldningsgrunn. Da ikke kravene til disse egenskapene er skjerpet i bestemmelsene, synes det heller ikke å være grunnlag for å hevde at den allerede svært snevre adgangen til å påberope dette som unnskyldningsgrunn skal være ytterligere skjerpet.

¹²⁵ Sofsrud s. 179.

6 Vurdering og oppsummering

En rekke reelle hensyn er sentrale når man skal vurdere hvor strengt et erstatningsansvar på dette området bør være.

Et erstatningsansvar er viktig for å effektivisere de bestemmelsene i aksjeloven som pålegger styremedlemmene plikter, for eksempel tilsyns- og handlingsplikter etter §§ 3-4 og 3-5. Både for selskapet, de ansatte, kreditorene og samfunnet for øvrig er det av betydning at selskapene forvaltes på en slik forsvarlig måte at grunnlaget for virksomheten sikres og medkontrahenter kan ha tillit til selskapet og ledelsen. Da er også viktig at reglene om styremedlemmenes erstatningsansvar ikke betraktes som papirbestemmelser som sjelden håndheves. Det er en grunnleggende forutsetning for at reglene skal virke preventivt at de håndheves i en viss utstrekning. En presisering av pliktene i den form man fikk med de nye aksjelovene trenger derfor ikke nødvendigvis medføre at ansvaret skjerpes for at den skal virke. Mye kan være vunnet ved at den faktisk blir håndhevet.

Det er imidlertid en viktig forutsetning at medlemmene selv er søkegode eller at de har forsikringsdekning som vil dekke et eventuelt erstatningsansvar. I USA hadde man på 80-tallet et stadig økende antall erstatningssøksmål rettet mot styremedlemmer i aksjeselskaper. Dette førte til at man fikk problemer med rekrutteringen av nye styremedlemmer og en rekke allerede aktive styremedlemmer trakk seg fra sine verv. Det vederlaget styremedlemmene mottok for sine verv sto ikke i forhold til det erstatningsansvar de kunne bli idømt. Forsikring mot ansvaret var en mulig løsning for å redusere den personlige risikoen for enkeltmedlemmene, men hyppigheten av søksmål førte etterhvert til at forsikringsselskapene ble lite villige til å tilby denne type ansvarsforsikring til en pris som gjorde den til et fornuftig alternativ.¹²⁶ Et tilsvarende alvorlig scenario er vanskelig å se for seg i Norge fordi vi har en helt annen tradisjon for

¹²⁶ Aarum s. 510-511.

erstatningsutmålingene enn hva som er tilfelle med de generøse oppreisningsbeløpene i USA. Et signal om hvilken vei utviklingen kan ta med et strengt ansvar kan imidlertid eksempelet gi.

Man bør også vurdere omfanget av styremedlemmenes ansvar opp mot størrelsen på det styrehonorar som vanligvis ytes, og det vil sjelden stå i forhold til det tapet som det vil være aktuelt å kreve erstattet. Gjøres ansvaret svært strengt vil det kunne skremme dyktige mennesker fra å påta seg slike verv for selskapet. Dette vil innebære tap av kompetanse som ikke bare selskapet, men også samfunnet for øvrig er avhengig av for å opprettholde og videreutvikle et levedyktig næringsliv.

Et ytterligere hensyn som gjør seg gjeldende for selskap og samfunn for øvrig er at viljen til å ta risiko nettopp er en av begrunnelsene for å tillate selskaper med begrenset ansvar. Risikovilje er viktig for å utvikle både nye og bestående virksomheter og for å foreta de endringer som er nødvendig for å skape ny vekst. Dette må imidlertid balanseres slik at risikoen ikke blir for stor. Risiko over en viss terskel vil kunne skremme potensielle investorer og finansieringsselskaper fra å investere i og yte kreditt til selskapet. Dersom selskapsorganene ansvarsfritt skulle kunne ta en hvilken som helst risiko på selskapets vegne, ville viljen til å plassere penger i aksjeselskaper reduseres, med omfattende konsekvenser for enkeltelskaper og for samfunnet som helhet.

Videre er det en reell fare for at et strengt ansvar for å gripe inn mot lav egenkapital og en streng plikt til å kreve et selskap oppløst dersom ikke egenkapitalen raskt bringes til et forsvarlig nivå, vil føre til at selskaper som i et lengre perspektiv ville være levedyktige, må oppløses for at styremedlemmene ikke skal pådra seg et erstatningsansvar. Norske selskaper har i internasjonal sammenheng en forholdsvis lav egenkapitalandel.¹²⁷ En streng plikt til å oppløse selskapet dersom ikke egenkapitalen raskt heves til et høyere nivå, vil således kunne ramme norske selskaper hardt. En slik tvangsløstlikvidering vil kunne gjøre selskapene utsatt for uønskede oppkjøp, både fra utenlandske selskaper og fra norske selskaper med solid egenkapital. Når strengheten for styremedlemmenes erstatningsansvar

¹²⁷ NOU 2000: 9 Konkurranseflater i finansnæringen, pkt. 3.23.

skal vurderes, vil alle disse hensyn være momenter som tas i betraktning når man skal finne en balanse mellom handlefriheten for ledelsen og risikoen for selskapet.

Det kan ennå synes uklart hvordan norske domstoler vil forholde seg til erstatningsspørsmålet etter innføringen av §§ 3-4 og 3-5. De har tradisjonelt vært relativt forsiktige med å idømme styremedlemmer erstatningsansvar, og det er ikke klart om lovfestingen og presiseringen av styremedlemmenes plikter vil medføre at de kommer til å benytte seg av en strengere ansvarsnorm enn hittil. Som fremstillingen har forsøkt å vise, taler imidlertid gode grunner for at man vil kunne komme til å se en viss skjerpelse av erstatningsansvaret til styremedlemmene når de påfører selskapet de er satt til å forvalte et tap.

7 Litteraturliste

7.1 Forarbeider

Ot. prp nr 19 (1974-75) Om lov om aksjeselskaper

NOU 92: 29 Lov om aksjeselskaper

Ot. prp nr 36 (1993-94) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)

NOU 96: 3 Ny aksjelovgivning

Ot. prp nr 23 (1996-97) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

NOU 2000: 9 Konkurranseflater i finansnæringen, pkt 3.23

7.2 Rettspraksis

Rt 1930 s. 533

Rt 1931 s. 498

Rt 1931 s. 993

Rt 1988 s. 7 ”Meglerdommen”

Rt 1989 s. 1318 ”Testamentdommen”

Rt 1991 s. 119 ”Minnordommen”

Rt 1991 s. 835

Rt 1993 s. 20

Rt 1993 s. 987

Rt 1993 s. 1399

Rt 1996 s. 672 ”Kongeparkendommen”

RG 1994 s. 145 Eidsivating

RG 1994 s. 1135 Gulating

NJA 1983 s. 441

7.3 Juridisk litteratur

Andenæs Andenæs, Mads Henry: Aksjeselskaper og
allmennaksjeselskaper, 2. opplag Grafisk Hus AS (1998)
ISBN 82-91-064-12-1

Berg og Bo Langsted Berg, Claus og Langsted, Lars Bo (1994). Er
bestyrelsesansvaret blevet skærpet? Ugeskrift for
Retsvidenskab 1994 s. 183-191

Bråthen	Bråthen, Tore: Styremedlem og aksjonær.(2004) Fagbokforlaget, ISBN 82-450-01376
Dotevall	Dotevall, Rolf: Bolagsledningens skadeståndsansvar, Stockholm: Nordstedts Juridik (1999) ISBN 91-39-00336-1
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo: Culpanormen, 4. utg, Aschehoug (1983) ISBN 82-03-11120-3
Krüger Andersen	Andersen, Paul Krüger (2002). Aktie- og anpartselskabsret. 7.rev.utg København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002 ISBN 87-574-0767-3
Lødrup	Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett, 4. utg, 1999, ISBN 82-91724-05-9
Mack Løvdal Tff	Løvdal, Elin Mack: Aksjeloven og allmennaksjeloven §§ 3-4 og 3-5. Tidsskrift for forretningsjus Nr. 4/2003 årgang 9 Gyldendal akademisk, s. 472-570
Skoghøy	Skoghøy, Jens Edvin A: Tvistemål (2001) Universitetsforlaget ISBN 82-15-000835
Sofsrud	Sofsrud, Thorbjørn: Bestyrelsens beslutning og ansvar. København 1999, ISBN 87-907-9030-8
Taxell	Taxell, Lars Erik: Styremedlems ansvar för beslut som han motsatt sig, Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (FJFT) 1954

Werlauff	Werlauff, Erik: Rekonstruksjon. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1992 ISBN 87-574-6570-3
Aarbakke m.fl	Aarbakke, Magnus m.fl: Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentarutgave 2. utg, ISBN 82-15-00536-5
Aarum	Aarum, Kristin Normann: Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper. (1994) ad Notam Gyldendal ISBN 82-417-03902